

rim.  
94  
n



Crim.  
194<sup>n</sup>

Parodi











DE LA TENTATIVE

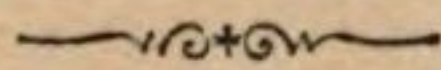
---



BEIJING TYPE



A MA MÈRE









DE LA  
**TENTATIVE**

PAR

**Charles-Eugène PARODI**

Immensa e prodigiosa è la mole  
delle opere scritte dal risorgimento  
delle scienze e delle lettere in poi  
sull' **ATTENTATO DELITTUOSO**, e tut-  
tora su di esso si controverte e si  
disputa.

CARMIGNAGNI.

---

THÈSE PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVER-  
SITÉ DE GENÈVE POUR OBTENIR LE GRADE DE LICENCIÉ

---

GENÈVE

IMPRIMERIE J. BENOIT & Cie, 5, RUE DE RIVE, 5

—  
1878



DE LA  
TENTATIVE

ET

Charles Eugène PARODI

Thèse présentée à l'Université de Paris  
pour l'obtention du grade de Docteur en Médecine  
par  
Charles Eugène PARODI  
Né le 15 Mars 1854 à Paris

---

Thèse imprimée en Juin 1878, chez J. Benoit et Co, rue de Rive.

---





# AVANT-PROPOS

---

Le sujet que nous avons entrepris de traiter est sans contredit un des plus difficiles et des plus compliqués du Droit pénal, mais nous avons été entraîné à faire ce choix pour plusieurs motifs.

Il nous faut avouer en premier lieu que ce thème nous a passionné.

D'autre part, au commencement de nos études juridiques nous avons dû aborder la question plus difficile à résoudre dans la science pénale, c'est-à-dire celle *du droit de punir*. L'étude de cette question nous a plongé dans le chaos des doutes, spécialement en ce qui concerne la doctrine de la tentative, et nous nous sommes demandé pourquoi il y avait dans quelques législations très-éclairées de l'Europe une notion de la tentative criminelle si contraire aux données scientifiques de la justice répressive.

Ces considérations nous paraissent justifier notre choix, en même temps qu'elles nous feront pardonner d'avoir débuté dans la carrière du Droit par l'étude, nécessairement

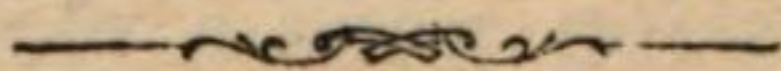


incomplète, d'un problème si difficile. Par conséquent, nous n'avons pas la prétention de porter des lumières nouvelles sur la doctrine de la tentative. Notre but principal, c'était l'accomplissement d'un devoir, et pour y arriver nous avons employé ce moyen et, si on ne le trouve pas mauvais, notre petite ambition sera satisfaite et nos fatigues seront récompensées.

Il ne nous reste maintenant qu'à invoquer la bienveillance, déjà tant de fois expérimentée, de nos savants professeurs, afin qu'ils veuillent nous accorder leur indulgence tout en tenant compte de notre bonne volonté.

Notre travail comprendra quatre parties, savoir :

- 1° Notions préliminaires.
- 2° Exposé théorique.
- 3° Aperçu historique.
- 4° Législation comparée.





# PREMIÈRE PARTIE



RECEIVED BY THE

LIBRARY OF THE



DE LA  
TENTATIVE

---

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

*Cogitationis poenam nemo patitur*

ULPIANUS.

---

Avant de commencer l'examen d'une question scientifique, il est certain qu'il faut s'entendre sur les principes. Cette nécessité est d'autant plus évidente que l'on a plusieurs définitions de la tentative qui ont l'inconvénient de créer une foule de théories qui éloignent presque toujours de la véritable notion.



« La vérité et la méthode exigent également qu'on mette  
« les mots d'accord avec les idées <sup>1</sup>. »

La définition littéraire de la tentative ayant sans doute un poids dans la conception juridique, c'est par là que nous commencerons.

Un illustre criminaliste italien a écrit : « Dans le sens vulgaire, on appelle *tentatives* tous les actes par lesquels un homme commence l'exécution d'un dessein prémédité et s'apprête à atteindre un but déterminé, qu'ensuite il n'atteint pas <sup>2</sup>. »

Voyons maintenant ce que l'on doit entendre par *tentative* dans le sens juridique.

Tentative d'un crime ou d'un délit est, selon nous, toute volonté criminelle qui dirige certains actes matériels, appréciables, dangereux par leur nature, dans le but de violer un droit déterminé et pour lequel la loi a créé une sanction. Il en résulte par conséquent que, pour que la tentative d'un crime puisse former l'objet d'une répression quelconque, il faut que la volonté de faire le mal se soit manifestée par des *actes matériels* dirigés vers l'accomplissement de telle ou telle infraction et qui, par eux-mêmes, constituent un *délit social complet*, c'est-à-dire un trouble sérieux pour la Société.

Des principes que nous venons de poser, il découle que

<sup>1</sup> Rossi. Traité de Droit pénal.

<sup>2</sup> Carrara. « Nel senso naturale sono *tentativi*, son *conati* tutti gli atti, coi quali un uomo, in esecuzione di un disegno preconcelto, si adopera a raggiungere un determinato fine, che poi non raggiunge. »



tout acte de l'homme qui prend naissance dans le foyer mystérieux de ses facultés morales, mais qui ne dépasse pas les bornes de la pensée, ne saurait nullement justifier l'intervention de la justice répressive. Il y a plus : la pensée vague, le désir incertain, sans but déterminé, prend un corps, grandit et se fortifie ; bientôt il devient un projet, une résolution arrêtée, l'agent a étudié toutes les conséquences de son crime, il en a calculé les bénéfices, il en a compté les jouissances et il prépare les moyens pour l'accomplir.

Ici nous avons une première période.

A partir de ce moment interviennent les *actes extérieurs*, la tranquillité de la Société n'est pas encore troublée, il n'y a point d'alarme, il n'y a point de délit social, car, en définitive le commencement de ces actes extérieurs ne peut raisonnablement porter atteinte à la sûreté générale, puisque l'agent peut employer pour un autre but les moyens qu'il a préparé, donc ce n'est pas encore ici que la souffrance infligée à l'agent serait justifiée.

Cependant il se peut que ces actes extérieurs causent une alarme d'une nature toute particulière, mais alors ils ne sont plus seulement des moyens, mais aussi des infractions déterminées, accomplies par rapport à leur caractère spécial ; ainsi, par exemple, un complot est organisé pour renverser une Constitution ; on a donné de l'argent, on a acheté des armes ; il est clair que dans ce cas la peine doit intervenir, car si ces actes extérieurs, qui ne sont que préparatoires du complot, viennent à être mis en exécution, ils peuvent ame-



ner la guerre civile, et si la tentative réussit, si l'on atteint le but proposé, la victoire exclura la pénalité.

Mais, à l'exception du cas que nous venons de citer, la peine ne doit apparaître que lorsque les actes extérieurs constituent une infraction spéciale. Mais ce principe n'a pas toujours triomphé. En effet, dans l'enfance des peuples il n'y avait pas de Droit pénal; nous ne trouvons qu'un point de départ, c'est la justice propre, c'est-à-dire la vengeance privée ou rétribution du mal par le mal, sans mesure et sans moralité. Ensuite, le pouvoir social apparaît et se constitue; la Société se développe sur des bases plus indépendantes, et c'est alors qu'elle trouve la vengeance privée et l'organise; elle met des bornes à la justice propre et applique la peine avec plus de conscience et plus d'effet.

Mais l'homme s'est toujours donné sur l'homme un droit de contrainte qui va jusqu'à lui ravir la vie. La force fait place quelquefois au droit, et par conséquent la pénalité peut être le fait du caprice.

La conséquence de ces principes c'est que la Société politique a une tendance marquée à voir partout un danger pour son existence. Cette tendance s'est manifestement affermie au moyen-âge. En effet, dans le domaine pénal, soit faute d'éducation philosophique, soit toute autre cause, la Société se trouva entraînée à punir la simple pensée de violer la loi.

Ce principe arbitraire établit en outre une importante distinction entre le Droit civil et le Droit pénal.

Dans le domaine du Droit civil, il a toujours fallu l'existence d'un dommage matériel pour infliger une peine, tan-



dis que, dans le domaine du Droit pénal, le châtiment, la souffrance sont infligés quand même il n'y a point eu dommage. Ce principe établit les deux notions différentes de la sanction civile et de la sanction pénale<sup>1</sup>.

On s'est dit : dans le Droit civil, la sanction n'intervient que quand il y a dommage causé, et cela parce que tant que le mal n'a pas été fait, on ne peut pas l'apprécier, puisque la sanction civile n'a d'autre but que le rétablissement d'un droit.

En matière pénale, au contraire, le plus souvent on ne peut rétablir le droit qu'on a violé; or, la tentative d'un crime menace la Société de la violation d'un droit qu'on ne pourra jamais rétablir; par conséquent il faut punir la tentative d'un crime, bien qu'il n'y ait eu aucun mal causé.

Mais ce principe, qui est cependant consacré dans presque toutes les législations, ne nous paraît pas tout à fait conforme aux données rationnelles de la science pénale. Car, en premier lieu, on prétend ériger en règle ce qui ne devrait être qu'une exception; secondement, ce principe avait certainement sa valeur à l'époque où la Société se trouvait tout nouvellement constituée; il pouvait être logique alors que la pénalité fût étendue au-delà de ses limites naturelles, mais, une fois l'ordre fixé, établi, ce rigorisme en matière de tentative devient irrationnel et dangereux.

On nous objectera que la menace publique et précise est un moyen d'éducation populaire, et qu'elle contribue à rendre délicate la conscience des masses. Pour admettre ce

<sup>1</sup> M. le professeur Hornung. Cours de Droit pénal.



principe, il faut faire des distinctions. Il est clair que ce système préventif par la menace ne saurait produire partout les mêmes résultats ; en effet, dans un gouvernement despotique où le droit fait place à la volonté, vicieuse par sa nature, d'un seul individu, ce système d'*intimidation* peut avoir sa raison d'être ; mais, là où la conscience publique a le droit de se manifester ouvertement, ce système ne pourrait être appliqué, et si par la force des événements il eût pu être introduit, on en aurait obtenu les résultats contraires : les mêmes causes ne produisent pas toujours les mêmes effets. Admettons, pour un moment, ce système barbare de la menace, quels fruits en aurons-nous ?

La conscience des masses, au lieu de devenir plus délicate, disparaîtra tout à fait et l'on tombera dans l'anarchie du crime !

L'illustre Rossi a bien vu les grands inconvénients qui pouvaient résulter de ce système, et il s'est empressé d'en démontrer le danger ; il dit : « Rien que par la menace  
« d'une punition vous rendrez la manifestation de la pen-  
« sée beaucoup plus rare ; vous diminuerez le nombre des  
« imprudents pour accroître celui des malfaiteurs. C'est  
« couvrir des étincelles, pour avoir le plaisir d'assister à un  
« embrasement. »

De plus, en matière de tentative, la menace peut être très-dangereuse et surtout de la manière dont elle est organisée dans le Code pénal français.

Dans ce Code, par exemple, il est dit que la tentative (dont il n'y a point une définition exacte) est punie comme le crime même. Or il est évident que cette menace illogi-



que ne produit que l'effet contraire de ce qu'on attend, c'est-à-dire qu'une volonté criminelle, qui aura seulement *préparé* un mal, aura tous les avantages à l'accomplir, car, la pénalité étant la même, l'agent aura eu au moins les avantages ou les jouissances qu'il attendait dans l'accomplissement du crime. Ainsi, au lieu de donner une voie de salut à la volonté criminelle, on a estimé qu'il était plus sage de démontrer à l'agent qu'il a tout l'intérêt possible à accomplir son méfait ! Evidemment, nous ne croyons pas que ce soit là un exemple à imiter.

Maintenant, examinons une autre phase de la tentative criminelle.

L'acte interne, c'est-à-dire l'évolution de la pensée méchante, a suivi la progression rationnelle dont nous avons parlé plus haut ; mais l'acte extérieur n'est jamais un acte isolé ; il ne saurait exister par lui-même ; il peut être instantané, mais toujours est-il qu'il est précédé par le mouvement de la volonté, par l'acte de la perception.

Nous entrons maintenant dans la deuxième période, dans le domaine des actes extérieurs.

L'agent, après avoir conçu le projet, en a arrêté la résolution et il y donne une manifestation extérieure, matérielle. Il prépare les armes et les instruments nécessaires à l'accomplissement du dessein criminel ; il prend tous les renseignements, il réunit ses complices, il a définitivement concerté le plan d'attaque, tout est prêt pour l'exécution. Mais tous ces actes qui précèdent l'exécution de la pensée criminelle, qui écartent les difficultés, qui la préparent enfin, ne la commencent pas encore.



Arrêtons ici l'auteur de tous ces préparatifs, et nous ne trouverons aucun fait matériel et direct contre le droit qu'il voulait attaquer.

Ce droit, dont la violation constituait le but direct du crime, est encore dans toute son intégrité, aucun dommage n'a été causé.

Les actes préparatoires que nous avons énumérés ne nous ont rien révélé, le but de l'agent nous est encore inconnu; il se peut bien que l'agent ait fait ces actes avec le seul but de les faire, et pour en obtenir des résultats directs et immédiats, sans par là les rapporter comme moyens déterminés à un but ultérieur.

Et encore, quand même l'agent, en accomplissant ces actes, se serait proposé un but ultérieur, ils ne peuvent pas encore en révéler le caractère particulier; par conséquent, on ne peut les punir que s'ils constituent par eux-mêmes une infraction prévue par la loi.

Ces actes préparatoires peuvent donc servir à deux fins; ils peuvent toujours s'expliquer de différentes manières; en conséquence, il n'y a rien de précis, rien de déterminé; et qu'on ne nous dise pas que ces actes peuvent raisonnablement s'interpréter d'après les circonstances, c'est-à-dire d'après la moralité de l'agent, puisque ce système serait moins que moral, car ce que l'on a fait une fois, peut très-bien ne pas se faire une autre fois.

L'homme ne naît point ennemi de la Société; ce sont les circonstances qui lui donnent ce titre, c'est l'indigence et le malheur; il ne trouble la tranquillité générale que quand il a perdu la sienne; il ne cesse d'être citoyen qu'au mo-



ment où ce nom est nul pour lui ; par conséquent, on ne doit jamais présumer le mal, on ne doit procéder qu'à l'aide de notions certaines.

Point de *déductions*, point d'*inductions* : on ne doit pas dans cette matière dépasser les bornes naturelles de l'*être* ; ce qui *est*, *est*, et ne peut pas être *plus* ou *moins*.

La liaison de ces actes préparatoires avec une résolution criminelle, n'est pas de leur essence ; cette liaison n'est pas nécessaire ; ils peuvent être les effets de la résolution criminelle comme aussi ceux d'un projet quelconque irréprochable.

Donc, rationnellement, la peine ne peut atteindre ces actes.

Passons maintenant à une troisième période, c'est-à-dire aux *actes d'exécution*.

Ces actes d'exécution nous révèlent bien souvent la volonté de l'agent et le but vers lequel il tend. Cette révélation se fait parce que ces actes ont un rapport intime et direct avec le *droit spécial* dont l'agent a arrêté la violation.

Ces actes directs portent une atteinte immédiate à ce droit, l'infraction est *objectivement* commencée, l'alarme est donnée, il y a danger ; cependant le délit social est incomplet, mais il faut tout de même empêcher l'agent d'accomplir l'infraction.

Ici la justice répressive peut intervenir. Mais cette intervention ne doit pas être passionnée ; on ne doit pas infliger aveuglément une souffrance en se laissant dominer par la crainte ou la terreur.



Il y a eu un mal, il faut le réprimer afin d'en éviter un plus grand, mais ce mal, il faut l'évaluer d'après ce qu'il est, et non pas d'après ce qu'il pouvait devenir : donc la peine ici devra, pour être légitime, être dans une juste proportion avec le mal causé.

Dans la nature, tout se réalise fatalement ; l'homme, la justice sociale en particulier, n'est pas infailible, et comme disait un de nos savants professeurs : « Nous vivons dans le monde des probabilités, nous vivons par la foi <sup>1</sup>. »

La justice sociale ne pouvant pas connaître l'avenir, ne doit pas non plus avoir la prétention d'être sûre que l'agent voulait arriver jusqu'au bout ; elle doit donc se borner à établir une juste mesure entre la peine et le mal causé.

Le commencement *objectif*, dont nous venons de parler, constitue la véritable *tentative*.

Maintenant peuvent surgir des difficultés pour tracer la limite précise qui sépare le commencement de l'exécution des actes simplement préparatoires ; il peut encore arriver qu'on ne sache pas quand cesse la tentative et à quel moment précis le délit est consommé.

Le doute peut encore subsister sur les intentions de l'agent, en présence de certains actes qui peuvent être à la fois l'exécution complète d'un délit *sui generis* et le commencement d'exécution d'un autre délit.

Mais ces questions ne sauraient pas toujours être résolues d'une manière invariable, par conséquent, elles sont abandonnées à la sagesse des Tribunaux qui, pour former

<sup>1</sup> M. le professeur H. Brocher. Cours de philosophie du Droit.



leur conviction, doivent examiner les *circonstances* qui accompagnent les faits incriminés; tout en ayant pour base que l'acte préparatoire d'un crime, quand il est déterminé, est celui qui est fait en vue du crime pour le préparer et le faciliter, tandis que l'acte d'exécution est celui par lequel on met la main au crime.

Nous reviendrons là-dessus dans la seconde partie de notre étude.

Suivant que la tentative a été poussée plus ou moins près de l'acte final, elle sera susceptible de plusieurs degrés. Ainsi, par exemple: l'agent a pénétré dans l'appartement où se trouve le coffre-fort, il l'ouvre et prend dans sa main l'argent qu'il convoitait.

Cette tentative est bien prochaine du crime de vol, car il y a le déplacement de l'or, mais le méfait n'est pas encore consommé, car l'agent peut, saisi par la crainte, replacer l'argent dans le coffre, il se peut encore qu'il y ait une circonstance étrangère, indépendante de la volonté de l'agent, qui l'empêche d'atteindre son but, par exemple s'il est arrêté au milieu des actes d'exécution.

Nous aurons dans ce cas une *tentative inachevée*. Cette tentative inachevée revêt deux caractères différents, suivant qu'elle a été suspendue par le désistement volontaire de son auteur ou par des circonstances indépendantes de sa volonté.

Dans le premier cas, nous n'y trouvons pas un caractère de criminalité de nature à pouvoir justifier la peine; sauf le cas où ces actes d'exécution, bien qu'arrêtés par la volonté de l'agent, ne constituent par eux-mêmes un délit.

Dans le second caractère de la tentative inachevée, les



Tribunaux devront évaluer le plus exactement que possible la gravité des faits accomplis.

Nous sommes arrivé à une quatrième période.

La tentative est achevée, mais elle n'a pas produit les effets que l'agent en attendait. Le résultat peut avoir manqué pour plusieurs causes :

Il se pouvait que le crime fût matériellement, radicalement impossible, soit que les moyens employés n'aient pas été en rapport avec le but que l'agent se proposait, soit encore par suite d'un hasard heureux. Ainsi un individu décharge un fusil sur celui qu'il voulait tuer, mais la balle n'atteint pas la personne, ou bien ne lui fait qu'une légère blessure. L'agent, dans l'espèce, a fait tout ce qui dépendait de lui pour arriver au résultat définitif qu'il s'était proposé, mais il n'a pas réussi.

Le crime est consommé *subjectivement*, mais non *objectivement* : c'est un crime manqué.

Ainsi : actes internes, actes extérieurs simplement préparatoires, actes d'exécution, tentative suspendue par le désistement volontaire de l'agent ou suspendue par des circonstances indépendantes de sa volonté, et enfin tentative achevée ou crime manqué; telles sont les phases diverses à travers lesquelles l'action se déroule pour arriver à l'acte final, la réalisation de la pensée criminelle.

Nous examinerons dans la seconde partie de notre étude chacune de ces phases, nous étudierons ensuite quelques exceptions portées aux principes généraux sur la matière par presque toutes les législations européennes.

---



## DEUXIÈME PARTIE







# EXPOSÉ THÉORIQUE

---

## CHAPITRE I<sup>er</sup>

### **Des caractères constitutifs de la tentative.**

---

#### SECTION PREMIÈRE.

##### DES ACTES INTERNES.

Toute tentative suppose en premier lieu la résolution de commettre une infraction déterminée.

L'élément moral de la tentative est toujours l'intention criminelle de violer la loi; on ne peut donc concevoir une tentative non intentionnelle, une tentative commise par simple faute.

Cet élément moral de la tentative constitue les *actes in-*



*ternes* ; ces actes ne sont pas du ressort de la justice sociale ; elle n'a pas le droit de les punir et, même en voulant supposer pour un instant ce droit, elle n'en a pas les moyens. Elle n'en a pas le droit, car de tels actes ne sauraient ni affecter ni compromettre les intérêts sociaux. Elle n'en a pas les moyens, car elle est impuissante à saisir les preuves de leur existence et à les constater.

La justice sociale, de sa nature imparfaite et bornée, se trouve être forcée, pour avoir une notion certaine, de s'appuyer sur des faits matériels, extérieurs, propres à produire la conviction. Sans le secours des actes extérieurs, il ne lui est pas possible de remonter jusqu'à l'acte interne, c'est-à-dire jusqu'à la pensée criminelle et, par conséquent, il ne lui est pas possible de le reconnaître, de l'apprécier, de le définir, de formuler enfin un jugement qui ne soit pas basé sur des conjectures vaines et hasardées.

Mais quelquefois l'intention de l'agent est vague et indéterminée, les actes extérieurs ne sont pas encore de nature à pouvoir désigner clairement l'intention de leur auteur. La résolution criminelle peut être indéterminée ; il est évident alors que ces actes ne peuvent produire aucune conviction et, dans ce cas, on ne pourra admettre aucune tentative ; on devra s'attacher uniquement au résultat de l'action produite par ces actes extérieurs et n'infliger de peine que pour ce même résultat.

Maintenant supposons que la justice sociale arrive par un moyen légitime à la connaissance d'une résolution criminelle : comment pourrait-elle atteindre un acte si incer-



tain, si fugitif, arrêté aujourd'hui, peut-être abandonné demain ?

Il est bien vrai que la science pénale, pour arriver à l'état actuel, a dû traverser une période dans laquelle l'espionnage et les dénonciations secrètes amenaient la punition des actes purement internes, mais à l'heure qu'il est la justice sociale a renoncé à un droit qu'elle savait bien ne pas avoir ; en sorte que la justice répressive, pour qu'elle puisse, avec plus ou moins de raison, intervenir, il faut qu'elle arrive à donner un corps à la résolution criminelle, en attester l'existence, ce qu'elle ne peut faire qu'à l'aide d'un commencement d'exécution.

L'illustre *Rossi* observe que « vouloir un grand crime, « être *décidé* à le commettre, sont des actes internes à la « vérité, mais dangereux pour la Société et pour ses mem- « bres. Si la résolution est connue, elle est aussi alarmante « que l'événement, peut-être plus que l'événement. »

Dans l'ordre moral, cette doctrine peut avoir une grande valeur, mais dans l'ordre purement juridique elle présenterait des nombreux inconvénients. Nous voulons bien admettre que la résolution criminelle grave, une fois connue, puisse causer un certain trouble momentané à la Société ; nous voulons encore admettre que ce soit là un mal, mais la répression de cet acte interne connu serait un remède pire que le mal lui-même, et cela pour plusieurs raisons : en premier lieu, la justice sociale n'a pas le droit de pénétrer les secrets de la conscience et, si elle arrive par des moyens quelconques à la connaissance de la pensée, elle n'a pas encore le droit d'apparaître, car elle ne peut pas



imposer que l'on pense de telle façon et que l'on agisse de telle autre; elle n'a que le pouvoir d'intervenir quand il y a infraction déterminée et prévue par la loi : *Nulla pœna sine lege*.

Si une intention manifestée au dehors cause une certaine inquiétude, la justice pourra exercer une certaine surveillance afin de prévenir le mal. C'est cette même surveillance que les particuliers exercent sur eux-mêmes sans s'en douter, obéissant pour ainsi dire à un instinct; en effet, personne n'a jamais songé à placer son argent hors de la porte. Donc, tant que le mal n'est pas commencé matériellement, il ne peut y avoir d'infraction à la loi pénale et, par conséquent, il n'y a pas lieu à aucune pénalité.

Mais examinons la question à un autre point de vue. Il se peut qu'un projet criminel soit arrêté dans telles circonstances que l'on puisse avoir beaucoup de raisons pour supposer que le crime sera consommé, prenons l'exemple qui nous est offert par Rossi : la justice a pu convaincre Titius d'un projet arrêté d'assassinat pour cette nuit. Dans ce cas, la justice aura le devoir de prévenir le crime, mais il n'est pas dit qu'elle ait le droit d'employer la pénalité proprement dite, elle pourra employer dans une certaine mesure la contrainte, quand il y en a strictement et actuellement besoin.

Quand les eaux d'un fleuve augmentent et acquièrent par là un caractère menaçant, les riverains, dans la crainte raisonnable d'une inondation, élèvent des digues, mais ils n'ont certainement pas l'idée d'employer des machines pour sécher le fleuve !



Si la Société arrive à connaître des projets criminels, avec des moyens légitimes, bien entendu, elle s'épargnera la douleur d'être obligée de punir si fréquemment en faisant disparaître les causes qui amenaient à mal faire.

En résumé, la justice sociale ne peut punir les actes internes, elle n'en a pas le droit et ne peut arriver à les connaître qu'à l'aide de moyens illégitimes, or l'emploi de ces moyens l'exposerait à perdre sa puissance et la dignité dont il faut qu'elle soit revêtue.

Enfin, une dernière raison que l'on peut porter en faveur de l'impunissabilité des actes internes, c'est que la pensée, bien que consentie et caressée, ne trouble pas assez profondément l'ordre social pour réclamer et justifier l'intervention d'une pénalité toute minime qu'elle soit.

La justice sociale est déjà trop puissante vis-à-vis de ceux qu'elle tient en sa main et qu'elle a convaincus d'une violation quelconque, et il ne serait pas rationnel d'étendre encore son pouvoir, car, dans cet excès, il y aurait un élément considérable de destruction.

---

## SECTION DEUXIÈME.

### DES ACTES PRÉPARATOIRES.

Le crime est le résultat d'un fait interne qui en est la cause et d'un acte extérieur qui en est l'effet.



Ces actes extérieurs peuvent être des *actes simplement préparatoires* ou des *actes d'exécution*. Nous nous occupons ici des premiers.

Les actes préparatoires sont ceux par lesquels l'agent se procure, prépare et dispose les moyens qu'il a décidé d'employer pour arriver à l'accomplissement du projet criminel. Ainsi les actes préparatoires supposent toujours un projet arrêté d'avance ; par conséquent, les crimes commis dans un accès d'empirement instantané, et tous les attentats non prémédités n'admettent pas ces actes. Il se peut cependant que les causes qui, généralement, diminuent la responsabilité pénale, aient duré un certain temps, et alors nous pourrions avoir des crimes non prémédités qui auront été commis après des actes préparatoires.

Les actes préparatoires ne constituent point de tentative, mais on prétend en faire toujours un point de départ à l'aide duquel on arrivera à connaître ce qui s'est passé dans le *for intérieur* de l'agent, et par là pouvoir prononcer sur sa moralité un jugement qui soit généralement juste.

Mais on a bien souvent confondu les actes préparatoires avec les actes d'exécution. Pour peu que l'on se donne la peine d'examiner ces deux éléments constitutifs de la tentative, on verra facilement qu'il y a un abîme entre eux.

En effet, nous avons vu que la première phase de la tentative comprend les actes internes qui doivent rester en dehors de la pénalité ; viennent ensuite les actes préparatoires qui peuvent être une manifestation incomplète de la pensée, mais le plus souvent leur nature même s'oppose à



ce que l'on puisse les apprécier et les rapporter raisonnablement à un *crime déterminé*.

Ces actes n'ont pas avec la résolution criminelle des rapports intimes, directs et immédiats, ils n'empêchent pas le doute de se produire, et il est très-difficile, même en suivant avec la plus pure logique la méthode d'induction, de pouvoir arriver avec certitude à la connaissance du projet criminel.

Preñons un exemple : un individu avait escaladé une palissade et brisé des châssis et des carreaux de vitres dont l'effraction devait lui procurer l'entrée d'une maison. Cette entreprise ne fut interrompue que par l'apparition des habitants de la maison. Dans l'espèce nous croyons, avec la Cour de Bordeaux<sup>1</sup>, que ces actes doivent être considérés comme préparatoires et, comme tels, ils ne sauraient être punis ; maintenant ces actes en eux-mêmes constituent un délit spécial de violation de domicile, et pour ce chef seulement ils doivent être punis.

Le savant Rossi<sup>2</sup>, néanmoins, n'hésite pas à voir dans ces actes un *commencement d'exécution*. A la vérité, nous ne savons pas à quoi peut se référer ce commencement d'exécution ; en effet, comment soutenir que ces actes étaient un commencement d'exécution du crime de vol ? Ces actes peuvent avoir pour but la perpétration d'un tout autre crime, d'un rapt, d'un viol, d'un assassinat, d'un incendie,

<sup>1</sup> *Cour de Bordeaux*. Arrêt 23 Septembre 1825 (Sirey) et Arrêt 4 Octobre 1827. Il faut remarquer cependant que la jurisprudence française, en matière de tentative, a très-souvent changé de doctrine.

<sup>2</sup> Rossi. Droit pénal. Vol. 2. Chap. 27, *in fine*.



etc. *Carmignani* se refuse aussi à voir dans ces actes un commencement d'exécution<sup>1</sup>.

Les actes préparatoires donc ne portent pas en eux la preuve de la criminalité de leur auteur. Nous ne pouvons pas les rattacher à un projet de crime qu'à l'aide de conjectures hasardées et de présomptions plus ou moins dangereuses. De toutes ces considérations, il résulte qu'en général les actes préparatoires ne doivent pas tomber sous la répression de la loi pénale. Cependant, la Société sera autorisée à punir ces actes lorsqu'ils constituent la participation d'une personne à un crime commis par un autre ; mais ici ces actes ne seront plus considérés comme un élément de la tentative, mais bien comme un des degrés de la complicité ou participation de plusieurs personnes au même crime.

Si l'on veut, au contraire, considérer ces actes comme un élément constitutif de la tentative, l'intervention de la loi répressive n'est pas légitime.

En premier lieu, ces actes sont une base tellement fragile qu'avec eux on ne peut pas arriver à l'imputation de la résolution criminelle.

Secondement, la loi qui voudrait atteindre ces actes aurait pour résultat d'engager l'agent à les dissimuler le plus possible, ce qui pourrait avoir des conséquences dangereuses pour la Société. De plus, la pénalité perdrait son caractère de prévention et deviendrait immorale, car l'agent

<sup>1</sup> *Carmignani*. Teoria delle leggi della sicurezza sociale. Vol. 2, pag. 337.



n'ayant plus aucun intérêt à se repentir, serait précipité vers son but criminel.

Aux principes que nous venons d'exposer, il y a une dérogation dont il nous faut examiner les causes.

Les actes préparatoires d'un *complot* ou du crime de *haute trahison* ont une importance toute particulière, car, comme nous l'avons dit ailleurs, la Société ayant le droit de veiller à sa conservation, elle ne saurait attendre des actes d'exécution pour appliquer la loi pénale; car ces actes préparatoires, des deux infractions dont il s'agit, ont une valeur exceptionnelle, en ce sens qu'ils ôtent le pouvoir à la Société.

Il est à remarquer cependant que la peine à infliger pour les actes préparatoires de ces deux infractions devrait être spécialement pécuniaire et non pas afflictive ou restrictive de la liberté. Il y a encore des actes que la justice répressive ne considère point comme préparatoires de tel ou tel crime, mais elle les considère comme préparatoires pour toutes les infractions à la loi pénale et, d'après cette notion, on a cru pouvoir les considérer comme crimes ou délits. Ainsi, le port de certaines armes, le vagabondage, la mendicité, les attroupements, les maisons de jeu et de prostitution, la contrefaçon ou l'altération des monnaies, etc.

Nous sommes d'avis que pour quelques-uns de ces actes il y a intervention arbitraire de la loi pénale et dérogation au droit commun.

Il serait très-intéressant de rechercher les causes qui ont amené la punition et la philosophie d'une telle répression,



mais cela nous mènerait trop loin, étant en dehors du cadre de notre étude.

---

## SECTION TROISIÈME.

### DES ACTES D'EXÉCUTION.

La pensée criminelle conçue et arrêtée, les actes préparatoires achevés, nous abordons les actes dont l'ensemble concourt à l'exécution matérielle du crime.

Les *actes d'exécution* sont ceux par lesquels l'agent met directement la main au crime.

C'est par ces actes que l'agent nous révèle sa résolution ; le but vers lequel il tend n'est plus incertain, il commence l'attaque directement contre le droit dont sa volonté a arrêté la violation. C'est à ce moment qu'il y aura la véritable tentative, car nous trouvons dans ces actes d'exécution tous les éléments qui la constituent.

Nous avons donc un acte d'exécution qui commence la violation d'un droit déterminé. Si l'agent s'arrête à ce moment, il est clair qu'il a modifié sa volonté criminelle qui, même à ce moment, n'est pas toujours facile à déterminer.

Cette modification de volonté est bienfaisante et, par conséquent, nous pensons que si l'acte d'exécution n'a causé aucun dommage réel, il doit rester impuni. La Société elle-même aura tout intérêt à cette impunité, afin que l'agent



puisse plus facilement abandonner son dessein, car il se trouvera par cette impunité que, ou la voix de l'honneur, ou le repentir, ou la crainte, agiront librement sur la résolution criminelle et l'agent pourra d'autant plus l'abandonner qu'il saura ne devoir encourir aucune peine et, par conséquent, il ne rendra pas public un instant d'égarement.

On prétend que par cet acte direct d'exécution, bien que l'agent se soit arrêté, il a démontré clairement qu'il a méconnu un des droits de la Société, en commençant la violation, et, en conséquence, la Société a le droit de le punir. D'autres prétendent encore que cette punition doit être égale à celle infligée pour la violation accomplie.

Nous reviendrons plus loin sur cette dernière théorie. Quant à la première, nous croyons que, s'il n'y a point eu dommage, il soit mieux d'accorder l'impunité, car l'agent, se trouvant plus près du crime qu'il veut commettre, voit toute la gravité et le danger qui résultera nécessairement de l'accomplissement de son projet criminel; ce fait pourra, grâce à l'impunité accordée aux actes commencés, concourir efficacement à l'abandon du dessein criminel.

Maintenant on nous fera observer encore que par cette impunité la Société vit sous la menace de se voir frappée, car nul ne peut assurer que l'agent ne recommencera pas son attentat et peut-être cette fois accomplira-t-il son méfait.

Cette observation ne se justifie que par la peur.

Mais l'intelligence humaine est bornée; il y a des limites qu'elle ne pourra jamais franchir; le progrès n'exclut pas la



fatalité. En principe, ce qui doit arriver, arrivera ; par conséquent, il n'est pas raisonnable de supposer toujours le mal comme il ne serait point raisonnable de supposer toujours le bien. Dans l'intérêt de la Société et du calme qui est une condition nécessaire pour affermir son pouvoir, on doit admettre en principe que l'agent ne recommencera pas ; s'il recommence, la pénalité pourra intervenir avec plus de sévérité.

Il y a encore une objection que l'on fait au système de l'impunissabilité des actes d'exécution. On observe que, dans la plupart des cas, ceux qui tentent de commettre un crime sont les personnes qui ont déjà eu des créances avec le Code pénal ou qui, tout au moins, passent leur vie à en coudoyer les dispositions.

Cette observation n'est pas sérieuse. Il suffit de répondre que, dans les questions où il s'agit de la vie ou de la liberté d'un *être* qui n'a jamais pu consentir à l'aliénation des droits qu'il a acquis par le seul fait de l'existence, on ne peut pas procéder avec de simples hypothèses ; et, en définitive, la justice sociale n'est qu'un ensemble de forces qui s'imposent par le fait de la majorité ; ce qui ne tombe pas actuellement sous ses yeux ne doit pas exister pour elle.

La Société s'est donné le droit de punir les infractions à la loi qu'elle a faite dans l'intérêt de sa conservation ; jusqu'ici, rien de plus juste ; mais puisqu'elle s'arroge un droit de vie et de mort sur les individus, sera-t-il équitable qu'elle abuse de sa force, parce qu'elle est puissante, qu'elle peut ce qu'elle veut ?

Nous ne le croyons pas.



On prétend encore que la répression de ces actes d'exécution est peut-être plus morale que l'impunité, attendu que par cette répression actuelle on éloigne un mal à venir plus grand qui menace la Société, et que, par conséquent, on évitera d'infliger une plus forte pénalité au délinquant.

Sous le voile d'un intérêt pour le délinquant on cache les principes de la justice absolue, car en admettant cette doctrine, on serait amené tout doucement à la punition de la simple pensée de violer la loi : il faut être logique. Ce principe aurait, en outre, pour résultat de créer un système de pénalité arbitraire, fils de la terreur, et qui ne se justifierait que par une majorité despotique qui s'impose.

De toutes ces considérations il nous paraît résulter que les actes d'exécution, en tant qu'ils ne constituent pas d'infractions particulières ou qu'ils sont volontairement interrompus par leur auteur, ne doivent pas faire l'objet d'une répression pénale. Si certains actes d'exécution effrayent la Société, nous ne savons pas pourquoi on ne se bornerait pas à appliquer des peines pécuniaires ou une surveillance intelligente en lieu et place d'une contrainte brutale. En définitive, celui qui *essaye* de délinquer n'est pas un monstre, une bête féroce nuisible au salut public et qui, par le seul fait qu'il existe, donne le droit de s'en débarrasser !

Il nous faut remarquer que nos observations visent surtout les législations où la simple tentative est punie de la peine du crime consommé.

---







## CHAPITRE II

### De la tentative non achevée.

---

#### SECTION PREMIÈRE.

##### TENTATIVE SUSPENDUE PAR LE DÉSISTEMENT VOLONTAIRE DE SON AUTEUR.

On ne peut pas sonder les consciences, par conséquent, nous n'avons non plus à rechercher quels ont été les motifs qui ont détourné l'agent de l'accomplissement de la tentative.

Que ce soit un repentir sincère, ou la crainte du châti-  
ment, ou bien, si l'exécution est complètement abandonnée  
ou différée pour quelque temps seulement, nous ne saurons  
apprécier la cause déterminante de cette résolution. Nous  
avons, au contraire, un fait matériel, positif, qui nous révèle  
que l'agent a abandonné son projet, qu'il n'a pas persisté



dans sa résolution criminelle, qu'il a complètement changé de volonté.

Ce fait doit être entièrement en sa faveur.

Toutefois supposons qu'un repentir sincère ait dicté sa conduite; en cette circonstance, il n'en reste pas moins vrai que les actes extérieurs ont été commis; ils existent, le crime a été commencé et, selon le critère et les règles de la justice sociale, ce repentir ne suffit pas pour effacer le caractère criminel de ces actes. Mais est-ce que le caractère criminel de ces actes pourra suffire pour justifier une peine afflictive?

Nous ne le croyons pas.

Si la Société croit sentir la nécessité de punir ces actes commencés et suspendus par le fait de leur auteur, elle doit en premier lieu s'occuper des causes qui amènent les individus à délinquer.

La cause détruite, l'effet ne pourra plus se produire.

Ce n'est pas avec des pénalités infligées à tort et à travers que l'on rendra la conscience des masses plus sensible et plus délicate.

Ce n'est pas avec le glaive d'une justice impitoyable que l'on rend les hommes bons et utiles à eux-mêmes, mais c'est avec l'éducation et la protection.

De même qu'il y a des plantes nuisibles à l'économie animale, il doit y avoir des hommes malheureux dont les instincts peuvent être nuisibles et dangereux pour la vie sociale.

Qui est l'homme sain d'esprit qui trouverait juste la



condamnation d'un enfant de dix ans à la réclusion à perpétuité<sup>1</sup> ?

Mais revenons à la tentative suspendue par son auteur. A côté du caractère criminel des actes qui constituent la tentative, il y a un intérêt puissant de la Société qui doit réclamer l'absolution pleine et entière du prévenu.

Quel est, en effet, le véritable intérêt de la Société ?

C'est d'arrêter le crime dans son cours et de favoriser par conséquent, le désistement volontaire.

Quel sera le moyen le plus efficace pour faire entrer l'auteur de la tentative dans cette voie ?

Le moyen le plus efficace sera de lui assurer l'impunité des actes qui ont commencé l'exécution du crime, s'il renonce à les continuer. Remarquons de plus que la tentative ainsi volontairement interrompue n'a produit que peu ou point d'alarme dans la Société ; elle est peut-être restée ignorée de celui contre qui elle avait été dirigée. En dernier lieu, nous répéterons ce que nous avons déjà dit ailleurs. Ces faits ainsi incomplets sont d'une appréciation difficile et offrent presque toujours des chances nombreuses d'inexactitude et d'erreur.

*Errare humanum est*, cependant la justice sociale, dans l'intérêt même de son existence, doit tâcher d'éviter le plus possible de tomber en erreur.

Il y a encore une autre observation. Comme nous l'avons remarqué, dans les actes d'exécution, il se peut que l'agent

<sup>1</sup> Cependant, en Angleterre, on a condamné à mort et exécuté un enfant de dix ans !



abandonne spontanément la résolution criminelle, provoqué par un sentiment d'honneur qui s'est soudain rallumé au fond de son cœur. La sanction pénale par laquelle la loi flétrirait les actes précédemment commis, pourrait avoir pour effet de précipiter l'agent jusqu'à l'accomplissement du crime, en lui faisant sentir que son honneur est déjà perdu.

Et alors nous aurons deux maux à déplorer, le mal causé par le délit, et le mal plus grand causé par la honte, le déshonneur, la ruine d'un individu, d'une famille, d'une partie de la Société.

Ainsi nous n'hésiterons pas au nom de l'utilité générale de la Société, à admettre l'impunissabilité de la tentative interrompue par le désistement volontaire de son auteur.

Ainsi, même en laissant de côté les raisons purement juridiques, nous devons déclarer l'impunissabilité de cette tentative, parce que l'intérêt général nous l'ordonne : cela sera, si l'on veut, une *amnistie pour cause d'utilité publique*.

---

## SECTION DEUXIÈME.

### DE LA TENTATIVE SUSPENDUE PAR DES CIRCONSTANCES INDÉPENDANTES DE LA VOLONTÉ DE L'AUTEUR.

Les motifs qui nous ont guidé dans l'étude de la tentative volontairement suspendue par l'auteur, ne sauraient



nous venir en aide quand c'est en raison de circonstances fortuites que la tentative a été suspendue.

Ici l'agent n'a aucun argument en sa faveur, les faits nous ont dévoilé sa résolution, et le repentir ne joue plus aucun rôle.

L'achèvement de la tentative a été empêché par un hasard complètement étranger au fait de l'agent. Cet heureux hasard n'était nullement prévu, ni par la Société, ni par le coupable.

En dehors de ce fait étranger, il était possible que l'agent parvînt à l'accomplissement de son projet criminel.

Dans ce cas, la Société peut avoir de bonnes raisons pour s'alarmer, pour craindre un danger imminent et grave; l'intérêt de l'agent n'est plus en jeu, et bien qu'on ne puisse pas affirmer que l'agent, s'il n'eût pas été troublé par une circonstance fortuite, serait allé jusqu'au bout, il a déjà affirmé la résolution de commettre un mal et il doit en supporter les conséquences; la justice répressive aura donc le droit d'intervenir.

A ce moment il se présente une des questions le plus controversées.

Dans quelle mesure aura lieu cette intervention?

Quelle peine doit être infligée?

Il est certain que, pour ne point déroger aux principes rationnels de la science pénale, on devra faire des distinctions.

Bien que parmi les divers degrés de la tentative proprement dite, celle qui est suspendue par des causes indépendantes de la volonté de l'auteur soit la seule qui raison-



nablement admette une pénalité ; cependant il peut y avoir des cas où il soit très-difficile de prouver qu'il y a eu ou qu'il n'y pas eu tentative de tel crime déterminé.

Il est évident que la justice sociale, pour des causes politiques et par la nature des éléments moraux qui la composent, ne saurait frapper en aveugle ; ainsi, dans le doute, aucune peine. La moralité de la justice sociale gagnera plus en renvoyant un coupable qu'en condamnant un innocent.

Nous croyons le moment venu d'insister, plus que nous ne l'avons fait dans les notions préliminaires qui précèdent cette étude, sur la doctrine d'un savant criminaliste italien ; nous voulons parler de *Filangieri*.

La critique de la théorie de *Filangieri* est d'autant plus intéressante qu'elle a été consacrée par l'art. 2 du Code pénal français.

*Filangieri* a dit : que, peu importe que des circonstances étrangères aient arrêté le bras de l'agent ; il a fait tout ce qu'il pouvait pour arriver à la consommation du crime, par conséquent il doit supporter la peine du crime consommé.

Nous n'hésitons pas à proclamer la fausseté du raisonnement en vertu duquel on prétend justifier cette monstrueuse assimilation entre deux faits si différents.

On dit : l'agent avait résolu le crime, il a commencé à l'exécuter, il avait l'intention de persévérer, l'avenir ne lui appartient plus, et si des circonstances fortuites l'ont empêché de consommer le crime, sa culpabilité existe tout entière et il est juste qu'on lui inflige la peine du crime accompli.

Ce raisonnement repose sur une fausse induction. Du fait



que l'exécution commencée n'a été interrompue que par une circonstance accidentelle, on veut conclure que l'agent est aussi coupable que s'il avait consommé le crime, parce qu'on lui en suppose l'intention. Nous ne croyons pas que, par une supposition hypothétique, on puisse en tirer une conséquence si absolue.

Qui donc connaît l'avenir ?

Quel est l'honnête homme qui est capable d'affirmer sur son honneur et sa conscience que telle personne ayant commencé un acte avait l'intention d'arriver jusqu'à tel point ?

Nous avons démontré que l'intention de l'agent ne nous est révélée que par des faits extérieurs, que c'est, par conséquent, à l'aide de ces faits matériels que la lumière apparaît sur l'intention criminelle de l'agent. Or, il est évident que lorsque ces faits matériels, qui nous ont éclairés, cessent, tout retourne dans les ténèbres, nous sommes obligés de nous arrêter ; le jour qu'ils avaient jeté sur l'intention de l'agent, disparaît.

La cause supprimée, il n'y a plus d'effet.

Comment pourra-t-on affirmer que ce qui n'a pas été, aurait été ? A l'aide de quel raisonnement rationnel pourra-t-on démontrer que le coupable aurait persévéré ? Il peut se repentir jusqu'au dernier moment ; du reste, il est nécessairement de la nature de la tentative de pouvoir être à chaque instant interrompue par la volonté de l'agent.

Ceux qui croient l'homme méchant de sa nature, nous objecteront qu'à mesure que l'agent s'approche de l'acte



final, les probabilités de désistement volontaire diminuent et s'affaiblissent.

Cela peut arriver dans quelques cas exceptionnels, mais ceux qui ont étudié beaucoup le cœur humain nous disent, au contraire, que la résolution du coupable devient plus chancelante, plus hésitante à mesure qu'il envisage de plus près l'horreur du crime et la sévérité du châtiment.

Si l'on veut punir la tentative interrompue par des causes fortuites de la même peine que le crime consommé, on tombe nécessairement dans une contradiction manifeste. En effet, toutes les législations, la française comprise, s'accordent à maintenir la maxime d'Ulpien en tête des lois pénales. *Cogitationis pœnam nemo patitur*. Ainsi toute la partie de l'imputation, qui dépasse l'instant de la suspension de la tentative, est une imputation hasardée, et, par conséquent, avec ce système on arrive tout droit à punir la pensée par conjecture.

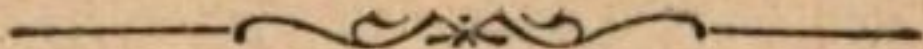
De tout ce que nous venons de dire, il découle logiquement qu'une loi qui punit la tentative inachevée à l'égal du crime consommé, est une loi injuste et barbare. Elle froisse la conscience publique et méconnaît les principes fondamentaux de l'imputabilité pénale.

« Nous pensons, dit Rossi, que le sens commun et la  
« conscience publique ont constamment tenu le même lan-  
« gage. Le délit n'a pas été consommé, donc la punition  
« doit être moindre. Nous croyons que le public ne partage  
« pas l'opinion qui fait monter également sur l'échafaud  
« l'assassin dont la victime gît dans la tombe et celui dont  
« la victime désignée, grâce à l'interruption de la tentative,



« se trouve peut-être au nombre des spectateurs de son  
« supplice. »

En fin d'analyse nous arrivons à ce résultat que le mal matériel n'est pas produit, que nous n'avons pas la certitude que le mal moral soit complet, et nous devons arriver par conséquent à cette conclusion que la justice la plus sévère devra appliquer des degrés de peine correspondant à l'abaissement de criminalité.









## CHAPITRE III

### De la tentative achevée ou crime manqué.

---

#### SECTION PREMIÈRE.

##### QUAND Y A-T-IL TENTATIVE ACHEVÉE ?

La question que nous avons à examiner est très-délicate et se rattache sous plusieurs points de vue à celle que nous venons d'étudier.

Lorsque l'agent a fait tout ce qui dépendait de lui pour l'exécution du crime, la tentative est achevée ; il n'y a plus ni désistement ni repentir possible. Ainsi la résolution du coupable est entièrement appréciable, car elle a reçu tout le développement dont elle était susceptible ; la perversité de l'agent nous apparaît dans toute sa gravité.

Rien n'a pu arrêter le coupable dans l'accomplissement de son projet criminel. La menace de la loi, la voix de la conscience, la pitié, n'ont su arrêter son bras.



Mais le résultat n'a pas été conforme à son intention, il a trompé ses espérances ; un hasard heureux a protégé la victime : le crime est consommé subjectivement et non pas objectivement ; nous avons donc ici la véritable notion du crime manqué.

Mais pour justifier et légitimer l'intervention d'une peine, il faut faire des distinctions, d'autant plus nécessaires qu'ici la peine peut être plus forte que pour la simple tentative.

Pour des causes que nous examinerons plus loin, il se peut qu'un crime manqué par l'emploi de certains moyens ne puisse jamais devenir un crime consommé. Il est donc nécessaire de savoir à quel moment exact il y a tentative achevée ou crime manqué proprement dit.

Il y aura crime manqué toutes les fois que l'agent, après avoir fait tous les actes nécessaires pour une tentative simple, aura employé des moyens propres à atteindre le but qu'il s'était proposé, et que la violation qu'il voulait commettre était objectivement possible.

Maintenant les causes qui ont déjoué les projets criminels de l'agent peuvent être de différente nature.

Elles peuvent être, en premier lieu, matérielles, absolues, radicales ; secondement, elles peuvent être relatives, occasionnelles, accidentelles.

Le crime dont l'accomplissement a été empêché par les premières causes que nous venons d'énoncer prend le nom de crime impossible, tandis que le crime dont l'accomplissement n'a été empêché que par un obstacle accidentel, constitue le crime manqué proprement dit.

---



## SECTION DEUXIÈME.

### DU CRIME IMPOSSIBLE.

L'impossibilité d'un crime peut résulter de différentes manières. Un premier mode d'impossibilité peut provenir de l'objet même du crime ; un autre mode d'impossibilité peut provenir de l'emploi de moyens insuffisants par leur quantité ou qualité à accomplir le crime.

Ainsi l'impossibilité peut provenir de l'objet même du crime, lorsque, par exemple, l'agent frappe un homme déjà mort ne le croyant qu'endormi ; ou bien trompé par l'obscurité et croyant voir passer la personne dont il avait arrêté la mort, il tire un coup de fusil dans le vide.

Une femme se croyant enceinte, prend, dans l'intention de se faire avorter, des substances avortives, mais aucune grossesse n'existait.

L'impossibilité peut en outre provenir des moyens employés. Ainsi, on veut administrer de l'arsenic, mais on se trompe et l'on administre à la place, du nitre ; ou bien encore on administre du nitre croyant que c'est un poison.

De tels actes, s'ils ne constituent par une déclaration expresse de la loi, des crimes spéciaux, ne sauraient tomber sous le coup de la loi pénale comme ayant eu pour but l'accomplissement d'un empoisonnement, d'un assassinat ou d'un avortement. Il ne serait pas non plus exact de dire que dans ces cas il existe une tentative, car nous avons vu



que pour qu'il y ait tentative il faut un acte d'exécution ; or cet acte d'exécution révèle nécessairement la possibilité d'arriver à un résultat final, par conséquent, si le crime est impossible, il ne peut recevoir de commencement d'exécution, car on ne commence que ce qui peut être achevé.

Il n'y a là qu'un crime imaginaire, sans réalité physique, et la justice sociale, qui n'a pas le droit de punir la pensée, ne peut par conséquent punir un crime qui, bien qu'il ait existé dans la volonté de l'agent, n'a été tenté par aucun des moyens propres à le réaliser.

Mais il y a plus. Prenons ces actes isolés, en eux-mêmes, sans supposer que l'agent ait eu une intention criminelle, et voyons si tels qu'ils nous sont connus, ils sont de nature à pouvoir, dans quelque manière, révéler une résolution coupable. En aucune façon. Ces actes sont muets ; ils ne révèlent rien ; ils n'ont aucune tendance directe au crime que l'on suppose avoir été projeté. En effet, si on administre du nitre, il n'y a là qu'un acte parfaitement inoffensif qui ne saurait par lui seul nous révéler l'intention d'empoisonner. Qu'une femme absorbe des substances de nature à procurer un avortement, si elle est enceinte, peut-on découvrir dans ce fait la preuve d'une intention criminelle ? De même, l'acte de poignarder un cadavre ne saurait nous révéler un projet de meurtre.

La justice sociale doit être renfermée dans des limites qu'elle ne peut pas franchir ; ainsi, quelle que soit la perversité morale de l'agent, on ne peut pas la punir indépendamment des actes qui la révèlent. En outre, les faits dont nous avons parlé et qui constituent le crime impossible,



sont peu nuisibles, ils ne sont point de nature à produire des alarmes sérieuses, donc la Société ne peut avoir aucun intérêt à les punir.

---

### SECTION TROISIÈME.

#### CRIME MANQUÉ PAR SUITE D'UNE IMPOSSIBILITÉ

#### OCCASIONNELLE, ACCIDENTELLE.

Si l'on veut être exact, il faut reconnaître qu'il ne s'agit pas ici d'une impossibilité proprement dite. Le crime est dans la nature des choses possibles, mais il peut arriver que, bien que les moyens soient en proportion utile et directe avec le but que l'agent veut atteindre, un accident imprévu se présente et vient sauver la victime désignée. C'est ici que l'intention de l'agent est complètement révélée, l'exécution du méfait a été poussé jusqu'aux dernières limites, l'agent a montré toute sa perversité; il fait voir qu'il n'a pas dépendu de lui que le crime ne fût le couronnement de son œuvre. Nous avons délit moral complet, délit matériel subjectivement parfait; il y a donc une cause sérieuse d'alarme pour la Société, le danger est imminent, la pénalité peut légitimement intervenir.

Sur la légitimité, à ce moment de l'intervention de la justice répressive, il ne peut surgir aucun doute, mais la question se complique par suite des différentes doctrines,



lorsqu'il s'agit de déterminer la quotité de la peine à infliger pour ce méfait. Sera-t-elle égale à celle qui frappe le crime consommé, ou lui sera-t-elle inférieure ?

Sans entrer maintenant dans l'examen des législations qui ont adopté l'un ou l'autre de ces principes, bornons-nous à démontrer de quel critère on doit partir pour que la peine infligée soit juste et morale.

En faisant, en premier lieu, abstraction de toute idée juridique, il nous semble que dans les extrêmes de la question que l'on se pose, c'est-à-dire si l'on doit appliquer la peine du crime consommé au crime manqué, il y ait jusqu'à un certain point la solution. L'idée qui se présente naturellement à l'esprit, c'est que le crime manqué n'est pas la même chose que le crime consommé, puisque le résultat final n'a pas été atteint, par conséquent la peine ne doit pas être la même.

On nous fait remarquer que c'est un sentiment grossier que celui qui nous conduit à juger les actions des hommes d'après leur résultat matériel, mais ce sentiment est conforme à notre nature et la conscience publique proteste avec toutes ses forces contre toute assimilation qui lui porterait atteinte.

Il y a plus. Nous croyons que ce sentiment en définitive soit conforme aux notions fondamentales du droit de punir et ainsi que nous l'avons démontré, la peine émanant d'un être imparfait et sujet à erreur, ne doit pas seulement se mesurer sur l'élément intentionnel, mais aussi sur l'élément matériel, c'est-à-dire sur le mal appréciable, effectivement produit par le crime.



Des prémisses que nous venons de poser, nous pouvons logiquement conclure que la peine réservée au crime manqué, crime incomplet, imparfait, dont le mal effectif n'a pas été produit, ne peut pas être égale à celle qui frappe le crime consommé.

Sans doute l'agent est arrivé jusqu'au bout dans les actes d'exécution, il a fait tout ce qui était en lui pour accomplir sa résolution criminelle, mais il n'a pas atteint son but ; nous voulons le punir, c'est bien, mais nous n'avons pas le droit de lui imputer un mal qu'il n'a pas produit, et, devant une justice éclairée, il n'est pas responsable de ce qu'il n'a pas fait.

Aux raisons que nous venons d'exposer, on objecte que l'agent voulait le fait accompli, que c'est le hasard seulement qui a mis obstacle au couronnement de ses désirs et que, par conséquent, voir là un fait d'excuse, c'est proclamer une immoralité.

Qu'il nous soit permis de le dire, mais cette observation est un peu romanesque.

Il est évident que si l'on commence par admettre que la justice humaine est une émanation de la justice divine, on justifiera le droit de punir la pensée criminelle et ainsi de suite avec toutes les conséquences logiques d'un pareil système.

Mais, à notre avis, on sortirait de sa sphère. La justice humaine est composée de deux éléments, l'un moral, l'autre physique. Ces deux éléments sont le complément l'un de l'autre, ils se combinent, et il est pour ainsi dire impossible



de se faire une idée de la justice sociale en faisant abstraction de l'un ou de l'autre.

Ainsi, par exemple, essayons dans un crime de faire abstraction de l'élément physique; nous serons forcés de déterminer la peine d'après l'élément intentionnel, ce qui renverserait ni plus ni moins l'ordre social.

Nous ne voulons pas ériger en excuse le hasard qui a sauvé la victime désignée, mais, d'autre part, nous ne pouvons pas admettre comme advenus des faits qui ne l'ont pas été et punir en conséquence la volonté pour le mal qui n'a pas été produit.

---



## CHAPITRE IV

### De la peine de la tentative et du crime manqué.

---

#### SECTION UNIQUE.

Aux yeux de la justice sociale, l'auteur d'une tentative criminelle mérite une peine, car, en commençant l'exécution d'un crime, il a manifesté la résolution de le commettre. Il va sans dire que chaque fois que nous parlons de la tentative punissable, nous entendons les actes d'exécution suspendus par des causes fortuites et qui constituent au moins un délit moral complet.

Le droit que la Société s'arroe de punir les infractions commencées, mais non accomplies, est réglé par les mêmes principes que l'exercice de la justice répresssive en général.

Mais pour que la Société puisse légitimement punir la tentative, il faut avant tout que la peine infligée soit juste



et nécessaire au maintien de l'ordre social, et, par conséquent, il faut qu'elle soit utile dans ses effets.

Ainsi, la loi ne doit déclarer punissables que les tentatives qui ont pour objet des crimes graves dont la consommation amènerait des peines criminelles.

Mais, à notre avis, pour que ces tentatives puissent être l'objet d'une répression, il faut qu'elles aient été interrompues par des causes fortuites, car les vrais principes de la science pénale philosophique et l'intérêt même de la Société, commandent de décréter l'impunité des tentatives que l'agent a spontanément interrompues ou fait échouer; car c'est le moyen le plus efficace pour arrêter le crime dans son cours. Toutefois l'impunité ne doit s'appliquer qu'aux actes d'exécution qui forment la tentative d'un crime déterminé, mais si ces actes d'exécution constituent par eux-mêmes un délit, par exemple une lésion corporelle, une violation de domicile, etc., on les punira isolément sans les référer à aucun autre crime.

En général l'acte ou les actes qui, selon les principes que nous avons exposés, ne peuvent être punis comme tentatives, pourront, selon les cas, constituer des délits *sui generis*.

Maintenant nous sommes d'avis que la tentative d'un crime ne doit être punie que de peines correctionnelles.

La tentative achevée qui a manqué son effet, quoiqu'elle n'ait pas causé le mal que l'agent avait en vue, cause plus d'alarme que la tentative interrompue par des causes fortuites.

Dans la tentative achevée, le délit moral est complet, la



Société est troublée dans son existence, l'imminence du danger peut avoir de fâcheuses conséquences.

Mais la pénalité qu'on peut infliger ne doit pas être celle du crime consommé.

Dans le crime consommé l'agent a eu la coupable satisfaction à laquelle il s'attendait ; il n'en est pas de même de celui qui a manqué le crime.

Il est évident que la perversité de l'agent est complètement révélée et que, si la victime désignée a été sauvée, elle doit cela au hasard, d'autre part, l'élément physique du crime fait défaut.

Nous croyons, par conséquent qu'il soit juste de punir le crime manqué, mais la peine devra être au moins deux degrés inférieure à celle du crime consommé.









## CHAPITRE V

### Du mandat d'un crime ou d'un délit.

---

#### SECTION UNIQUE.

Dans le domaine de la loi morale, il est certain que l'on peut considérer le mandat à fins criminelles comme une tentative et même comme une infraction accomplie à l'égard du mandant, car il a fait tout ce qu'il s'était proposé de faire; mais sous le rapport juridique, il faut envisager le mandat à un tout autre point de vue.

En effet, quand on donne mandat à quelqu'un de commettre une infraction à la loi, on détermine la volonté du mandataire, mais le mandant n'a rien fait pour la réalisation du délit; l'élément constitutif de la tentative, les actes d'exécution font absolument défaut de la part du mandant.

Du reste, nous croyons que l'opinion de ceux qui soutiennent que le mandat constitue une tentative, soit suffisamment erronée et n'ait pas besoin de réfutation.



Cependant nous voulons terminer en citant l'avis d'un savant criminaliste italien :

« Le mandat et l'association à fins criminelles peuvent  
« bien être punis comme des délits *sui generis*, mais c'est  
« une erreur des plus grossières que d'y voir une tentative  
« du délit auquel on tendait; en effet, la tentative a pour  
« condition essentielle le *commencement d'exécution* du délit  
« voulu, et tant qu'on dit *fais* ou *faisons*, on ne commence  
« pas à *faire*. Tous les exemples au moyen desquels on s'est  
« attaché à soutenir le paradoxe de la tentative dans le  
« mandat, dénaturent la question : ils supposent que le  
« commencement d'exécution matérielle a eu lieu.

« La *complicité de tentative* peut sans doute exister toutes  
« les fois que l'auteur principal a tenté, mais non consommé  
« le délit. Si l'associé, qui avait promis son aide à l'auteur  
« principal, s'est arrêté au milieu de l'entreprise et l'a laissé  
« seul, on a tort de dire qu'il y a là une *tentative de com-*  
« *plicité*.

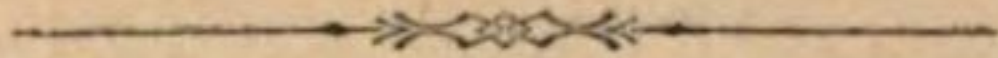
« Il y a un fait principal d'exécution auquel se rattache  
« le fait de l'associé, non pas à raison d'une *complicité phy-*  
« *sique tentée*, mais à raison d'une *complicité morale con-*  
« *sommée*. Mais quand rien n'a été fait par aucun des asso-  
« ciés, il y a complicité quant à la convention (délit *sui*  
« *generis*), mais c'est une pure imagination que de parler  
« de complicité quant au *fait*, puisque le *fait* n'existe pas.

« Autre chose est de dire que l'accord précédent *rattache*  
« ma personne au fait qui a successivement été exécuté par



« d'autres, autre chose est de prétendre que l'accord *sup-*  
« *plée* au fait qui n'a jamais eu d'existence, et qu'il en fait  
« l'office.<sup>1</sup> »

<sup>1</sup> *Carrara*. Cours de Droit criminel. Partie générale. Note au § 451.  
Traduction de P. Baret.









## CHAPITRE VI

### Des tentatives de délits et de contraventions.

---

#### SECTION PREMIÈRE.

##### DES TENTATIVES DE DÉLITS.

*Mittermaier, Lelièvre et Witgens* ont soutenu que la tentative étant un commencement d'exécution d'un fait *prohibé* par la loi, les magistrats peuvent punir la tentative d'un délit, quoique la loi n'ait pas édicté une défense spéciale et prononcé une peine spéciale : la partie d'un tout prohibé et puni est elle-même prohibée et punie. On trouve dans *Jonge (De delictis. II. p. 280)* la réfutation de cette dangereuse doctrine. Les Codes modernes ont supprimé cette difficulté en spécifiant par une disposition générale les cas dans lesquels ils entendaient punir la tentative.



Mais les dispositions de la loi à l'égard des tentatives de délits ne sont pas conformes aux principes rationnels de la science pénale. Car si dans une certaine mesure on admet la punissabilité de la tentative de certains crimes, c'est parce qu'elle constitue une infraction aux droits que la Société possède de ne pas être troublée ni menacée, et par conséquent la répression peut avoir sa raison d'être. Mais punir la tentative des délits proprement dits, c'est vouloir donner à la loi pénale un caractère inquisitorial, odieux.

Aucune raison juridique ne peut s'élever en faveur de la punissabilité de la tentative des délits; car s'il est déjà très-difficile d'avoir une notion exacte sur la tentative des crimes, à plus forte raison sera-t-il presque impossible de se former une notion de la tentative d'un délit.

En résumé, punir la tentative d'un délit c'est acheminer la loi à la répression de tous les actes de la vie humaine <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Qu'il nous soit permis de citer un cas tout récent :

Nous avons assisté aux débats d'un procès devant le Tribunal correctionnel de Genève. Il s'agissait de la tentative d'un vol simple. Un individu s'était rapproché d'un magasin d'habits confectionnés. Il avait examiné une paire de pantalons et les avait décrochés. A ce moment, puisqu'on regardait de l'intérieur du magasin, cet individu, les pantalons à la main, est entré dans la boutique pour conclure son marché. On l'a arrêté sous la prévention de tentative de vol et l'orateur de la loi a soutenu l'accusation en se basant sur le fait que le prévenu avait déjà eu des démêlés avec la justice, et que, dans l'espèce, il était évident qu'il avait l'intention de voler, car on ne lui a pas trouvé un sou dans la poche !

Nous ne croyons pas devoir faire d'observations spéciales; le fait est là: aux criminalistes les commentaires.



## SECTION DEUXIÈME.

### DES TENTATIVES DE CONTRAVENTIONS.

Les tentatives de contraventions ne peuvent exister, et la loi qui voudrait les incriminer serait tout simplement absurde.

La contravention ne revêt aucun caractère de criminalité, et le fait accompli ne constitue pas un fait moralement imputable; à plus forte raison, la simple tentative d'une contravention échappe à toute appréciation, étant impossible d'établir la preuve de son existence.

---



## CHAPITRE VII

Les principes de la morale sont les mêmes que ceux de la physique. Ils sont fondés sur la nature humaine, et sur les lois qui régissent son développement. La morale est une science qui a pour objet de déterminer les règles de conduite qui sont conformes à la nature et à la raison. Elle est une science qui a pour objet de déterminer les règles de conduite qui sont conformes à la nature et à la raison. Elle est une science qui a pour objet de déterminer les règles de conduite qui sont conformes à la nature et à la raison.



## CHAPITRE VII

### De quelques exceptions apportées aux principes généraux en matière de tentative

---

#### SECTION PREMIÈRE.

##### DE LA FAUSSE MONNAIE.

Les articles 132 du Code pénal français, 112 du Code pénal genevois, et 316 du Code pénal italien, considèrent la simple fabrication d'une monnaie comme *crime de fausse monnaie*.

Selon nous, la *fabrication* d'une pièce fausse ne peut constituer par elle-même un crime; elle n'est pas même un commencement d'exécution de nature à pouvoir constituer la tentative du crime d'escroquerie qualifiée ou de tromperie que le faux a pour but d'accomplir. Dans le fait de fabriquer une pièce de monnaie, il ne peut y avoir qu'un acte purement préparatoire. Nous avons vu que ces espèces



d'actes ne sont pas avec la résolution criminelle dans un rapport direct et immédiat, comme les actes d'exécution; cependant, les législateurs ont cru voir révélé dans cet acte préparatoire, et d'une manière précise, l'intention de l'agent.

Ils ont pensé en outre, que le fait de fabriquer une fausse monnaie cause à la Société assez de trouble et d'inquiétude pour l'incriminer, bien qu'il ne soit qu'un simple acte préparatoire.

Ainsi, avec le prétexte que la fabrication d'une pièce de monnaie détruit la foi publique, on se croit autorisé d'incriminer un acte qui ne prouve nullement la résolution de délinquer de l'agent. Il va sans dire que nous parlons ici de la preuve matérielle, car la preuve simplement morale ne suffit pas à nos yeux pour ranger un fait de l'homme dans la catégorie des crimes. — Cependant, si l'intérêt même de l'agent exige l'intervention de la justice, nous pensons qu'on pourra punir cet acte préparatoire en soi, mais raisonnablement on ne devra jamais le considérer comme un crime déterminé et accompli.

On insiste en disant que le crime de fausse monnaie est un de ceux qui créent le plus d'alarmes en ébranlant la confiance qui est due à la monnaie nationale et en faisant disparaître toute sécurité dans les transactions de la vie civile. Cela est juste toutes les fois que le crime de fausse monnaie sera consommé, car il ne peut exister que dès le moment où la pièce fausse est mise sciemment en circulation. Il y aura tentative de ce crime quand, après avoir fabriqué la pièce, on *essayera* de la mettre en circulation. En dehors de ces termes, fabriquer une pièce de monnaie est un acte



qui ne peut constituer ni tentative, ni crime de fausse monnaie. Malgré cela, les législateurs ont voulu considérer la simple fabrication d'une monnaie comme crime de fausse monnaie, c'est-à-dire un crime contre la foi publique.

En 1832, le rapporteur de la Commission de révision du Code pénal français a cru justifier la conception du crime de fausse monnaie par le simple fait de la fabrication. Il a dit : « Le crime d'émission de fausse monnaie n'est qu'un vol  
« accompagné de circonstances très-aggravantes. En effet,  
« le vol est le seul but et la falsification de la monnaie  
« n'est qu'un moyen pour y parvenir. La véritable exécution du  
« crime ne commence qu'avec le débit de la fausse monnaie,  
« mais cette exécution est aussi facile et aussi rapide que  
« la préparation en est longue et environnée de dangers,  
« le crime peut revêtir une gravité extraordinaire par  
« l'alarme qu'il répand et le nombre des victimes qu'il peut  
« atteindre; enfin l'acte préparatoire, la fabrication de la  
« monnaie suppose une longue préméditation, une résolu-  
« tion fortement arrêtée, et il est difficile de l'expliquer  
« autrement que par le désir et la volonté d'en faire l'ins-  
« trument d'un gain illicite. »

Mais il est facile de voir que ce raisonnement, pour vouloir tout expliquer, n'explique pas grand chose.

En effet, on parle de l'*émission* de la fausse monnaie et on la définit; mais cela, personne ne le conteste, ce qui est douteux, c'est qu'un simple acte préparatoire puisse être considéré comme un tout et, par conséquent, frappé d'une peine très-sévère.

Le législateur italien a bien vu les inconvénients qui pou-



vaient résulter d'une pareille doctrine et il y a porté un amendement très-sage dans l'art 321, qui diminue la peine d'un degré si les coupables n'ont fait que fabriquer les fausses pièces.

En résumé, les législateurs modernes ont dérogé aux principes qui régissent la tentative, en considérant non-seulement comme tentative, mais comme crime accompli et déterminé, la fabrication pure et simple de pièces de monnaie ayant cours légal dans l'État.

---

## SECTION DEUXIÈME.

### DU FAUX TÉMOIGNAGE.

Dans ce cas l'exception est dans le sens inverse de ce qu'elle était dans le cas précédent.

Il résulte nettement de la nature même de l'infraction que la tentative de faux témoignage et de subornation de témoins n'est pas punissable.

En effet, les différentes parties d'une déposition forment un tout indivisible; jusqu'à la clôture des débats, c'est-à-dire avant qu'elle ait porté à l'accusé ou à la Société le dommage, le préjudice irréparable qui en est une des circonstances constitutives, le faux témoin peut se rétracter, modifier sa déclaration, en détruire volontairement l'effet. Il



résulte de ces principes que la déposition n'est complète, irrévocable et par là, que le crime n'existe qu'autant que les débats sont clos, ou qu'avant la clôture, le témoin se trouve dans l'impossibilité de revenir sur sa fausse déclaration. Jusque là, la déposition n'est pas définitivement acquise.

Du principe que nous venons de poser il résulte comme conséquence nécessaire que la tentative de faux témoignage n'est pas de nature à être constatée : donc elle n'est pas punissable.

Comment voir dans une déposition commencée un commencement d'exécution du crime, puisque le témoin peut à chaque instant revenir sur cette partie, l'expliquer, la modifier ? La fausseté n'en peut être suffisamment appréciée tant que le témoin conserve la possibilité de se rétracter. Si, au contraire, cette possibilité n'existe plus et que la fausseté de la déclaration soit démontrée, le crime sera consommé.

Maintenant le Code français (art. 361 et suivants) et le Code genevois (art. 147 et suivants) n'énoncent pas explicitement l'impunissabilité de la tentative, mais cela résulte implicitement du texte des dispositions ; cependant nous croyons qu'on aurait fait mieux en faisant des distinctions.

Ainsi le Code italien (art. 364 et suivants), a en premier lieu distingué le cas où le témoin fait une fausse déclaration en faveur de l'accusé ou contre lui, en matière criminelle seulement, bien entendu ; dans le premier cas, la peine est moindre que s'il avait déposé contre l'accusé.

D'autre part, ce même Code, à l'art. 372, édicte une pénalité contre celui qui a fait, en matière civile, un faux té-



moignage ou une fausse expertise, bien qu'il ait rétracté avant que l'arrêt relatif au procès dans lequel il a porté le faux témoignage soit rendu.

Enfin, l'alinéa 2 de ce même article 372 promet l'impunité aux faux témoins en matière pénale, s'ils ont rétracté leurs dépositions avant la clôture des débats.

---

### SECTION TROISIÈME.

#### DE L'AVORTEMENT.

Les trois législations dont nous nous occupons spécialement sont sur cette matière différentes l'une de l'autre et portent des exceptions aux principes de la tentative consacrés par chacune d'elles.

Ainsi l'art. 317 du Code pénal français, qui prévoit le crime d'avortement, nous présente un nouveau cas exceptionnel. Il dispose, en effet, que la peine de la réclusion sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi.

A notre avis, il y a dans les termes de cette disposition les éléments nécessaires pour croire que l'on a voulu implicitement déclarer impunissable la tentative d'avortement.



En outre, cet article déclare qu'il y aura crime d'avortement lorsque l'effet s'en sera suivi; cela nous fait voir clairement que le législateur a cette fois considéré comme élément essentiel pour constituer la criminalité de l'action, la consommation objective de l'infraction, c'est-à-dire qu'il a expressément déclaré que la peine ne pourra être appliquée que lorsque l'avortement s'en sera suivi. Donc, si l'effet ne s'en est pas suivi, le crime n'existe pas, par conséquent il serait absurde de supposer la tentative d'une infraction imaginaire.

Cependant, il résulte clairement du texte de l'art. 317 que le législateur, créant ainsi l'impunité pour la tentative, cesse de l'assimiler au crime consommé.

La Cour de Cassation, au contraire, persiste à voir dans cet article une application des principes sur la tentative, elle juge, en conséquence, que la tentative d'avortement de la part de toute personne autre que la femme enceinte doit être punie comme le crime même.

Mais nous persistons à voir dans l'art. 317 la tentative d'avortement déclarée impunissable.

En effet, si l'avortement n'est pas consommé, les preuves sont trop vagues, trop indécises pour qu'on puisse, en s'appuyant sur elles, exercer une poursuite de laquelle dépend très-souvent l'honneur d'une famille.

Comment apprécier une tentative, ou le crime accompli, mais resté sans résultat? Comment décider si les substances administrées, les violences exercées, étaient de nature à procurer l'avortement, si elles ont été prises, ou ont eu lieu dans cette intention, si la volonté coupable a existé, si



la tentative a été interrompue volontairement ou contre la volonté de l'accusé? Comment autoriser de telles poursuites?

On a pensé, et avec raison, que ce n'était que lorsqu'il existait un fait matériel saisissable, lorsque le crime avait été consommé, qu'il était permis à la justice d'intervenir, et qu'alors seulement il était temps de commencer une poursuite toujours incertaine et pleine de dangers.

Le législateur genevois (art. 269 et suivants), a suivi l'exemple du législateur français.

Le législateur italien a consacré en partie les principes du Code français, seulement il a ajouté deux dispositions nouvelles.

L'art. 503 du Code pénal italien est ainsi conçu :

« Dans le cas où l'avortement avait pour but de cacher  
« une filiation illégitime, les peines portées dans les deux  
« articles précédents pourront, quant à la mère, être dimi-  
« nuées d'un à deux degrés. »

Cette disposition est très-sage sous différents points de vue. Cependant, cette équitable disposition a été, dans une certaine mesure, effacée par le texte de l'art. 505 qui punit expressément l'avortement manqué.

Nous avons déjà remarqué quels seraient les inconvénients d'une telle disposition; cependant, il nous plaît de citer les paroles que *Berlier* a prononcées au Corps législatif français lors de la discussion de l'art. 317 que nous avons déjà examiné.

« Si le législateur doit désirer que les mœurs s'épurent,  
« il doit craindre aussi de donner ouverture à des procé-



« dures indiscrètes, qui amèneraient souvent pour tout résultat beaucoup de scandale. Comment, en effet, pénétrer dans une matière aussi mystérieuse, et comment croire que l'on voudra s'y engager quand le crime n'aura pas été suivi de son effet? C'est bien assez qu'on poursuive les auteurs d'un avortement consommé, et la nature des choses prescrit de s'en tenir là. »

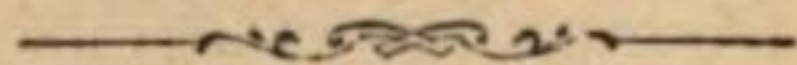
Il y a plus encore. Supposons les manœuvres criminelles constatées, dans le plus grand nombre de cas, on ne peut pas affirmer qu'elles ont amené l'avortement <sup>1</sup>.

Nous serions bien disposé à n'édicter aucune peine pour l'avortement, car outre l'immense difficulté qui se présente quant à savoir si le sujet passif du crime *existait* au moment où les manœuvres que l'on prétend abortives ont été pratiquées, il se présente encore une autre difficulté qui appartient au domaine purement moral, et cela tient à l'organisation de la Société civile. En effet, les cas sont bien rares quand les *présomptions* criminelles d'avortement se portent sur une mère légitime. Au contraire, nous sommes d'avis que, si quelquefois on *essaye* de faire disparaître le produit d'une conception, c'est parce que cette conception a été illégitime ; c'est que la honte ou la misère troublent la volonté, et alors la voix de la nature se trouve étouffée

<sup>1</sup> Le savant professeur Casper (de Berlin), nous dit : « Quand bien même il est constaté que des manœuvres criminelles ont été employées, il n'est pas possible de prouver que l'avortement a été l'effet nécessaire de cette cause. »



par le spectre des terribles sanctions que la loi morale et positive décrète contre toute infraction aux règles qu'elle a imposées.





## TROISIÈME PARTIE







# APERÇU HISTORIQUE

---

Il est de règle générale, en matière d'études juridiques, de remonter aux sources du Droit et spécialement au Droit romain. Mais il paraît cependant que, pour notre thèse, cette course à travers le monde juridique des peuples qui nous ont précédés, soit inutile, parce qu'on dit que la théorie de la tentative n'a pu être développée que dans la phase philosophique du Droit pénal et que, par conséquent, il n'y a rien à apprendre dans les lois de l'époque où la justice répressive était aveugle et brutale.

Malgré ces observations, nous sommes d'avis que l'étude des anciennes lois et des différentes notions qui ont apparu au fur et à mesure que l'humanité avançait dans la voie du progrès, puisse concourir à former une conception plus logique de la doctrine de la tentative.

L'Orient ne nous a presque rien révélé; on y a toujours tué avec une féroce brutalité.

La notion de la tentative ne pouvait se faire jour qu'à un certain degré de civilisation, ou, pour mieux nous ex-



pliquer, elle ne pouvait apparaître qu'avec la justice sociale.

En effet, dès que la justice collective remplaça le particulier, elle se trouva dans une position désintéressée, presque neutre, et, par conséquent, elle était sur le terrain de l'impartialité; c'est à ce moment-là que la doctrine de la tentative, c'est-à-dire la notion d'un *mal commencé, mais non achevé*, se fit jour, et nous la trouvons assez développée dans le Droit romain.

Tâchons maintenant d'examiner quel était le Droit commun à Rome sur cette matière, et dans quels cas on s'en écartait.

La Loi I du *Dig. de extraordinariis criminibus* nous dit : *Perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur*. Il est évident que par cette notion de *flagitium perfectum* les Romains entendaient le crime consommé, et *a fortiori* pour *flagitium imperfectum*, ils voulaient désigner le crime manqué. Cette distinction nous montre un esprit philosophique assez élevé, car la peine varie suivant que le dommage a été complet ou incomplet.

Qu'il nous soit permis ici de faire une simple remarque. Il est bien étrange, disons-nous, que le Droit romain, qui représentait un grand degré de civilisation pour son époque, pour l'état d'enfance dans lequel se trouvaient les sciences, et surtout vis-à-vis des barbares, donne un enseignement si puissant aux législateurs français de 1810, qui, fils eux-mêmes du siècle philosophique par excellence, n'ont pas su entrevoir une si importante distinction entre la tentative achevée et le crime consommé.



Il est clair qu'il serait plus facile d'excuser une telle erreur chez les Romains que chez les Français du XIX<sup>e</sup> siècle.

La distinction entre crime commencé et crime consommé a été représentée par *Beccaria* et adoptée par la plupart des criminalistes : *Carmignani*, *Rossi*, *Carrara*, *Carnot*, *Ortolan*, *Chauveau*, *Faustin Hélie*, *Boitard*, *Bertauld*, *Legraverend*, *Bauer*, *Berner*, *Mittermaier*, *Trebutien* et d'autres.

*Filangieri*, au contraire, pense que la tentative, c'est-à-dire la volonté de violer la loi, manifestée par l'action que prohibe la loi même, doit être punie comme le crime consommé : « Le coupable, dit-il, a montré toute sa perversité, la Société en a reçu le funeste exemple. Quel que soit le succès de l'attentat, les deux motifs de punir n'en existent pas moins. La même cause doit donc produire le même effet, c'est-à-dire l'égalité de la peine. »

Au point de vue moral, il se peut bien que cette doctrine soit vraie, mais au point de vue purement juridique, on ne saurait l'admettre.

Mais revenons au Droit romain.

Nous avons vu que la loi *de extraordinariis criminibus* faisait la distinction entre tentative achevée et crime consommé ; d'autres lois ont distingué la simple tentative du délit consommé<sup>1</sup> ; cependant nous trouvons aussi un texte qui assimile non-seulement la tentative, mais un simple acte préparatoire au crime consommé<sup>2</sup> ; mais dans ce texte

<sup>1</sup> Loi 19. *De lege Cornelia de falsis*. Lib. 48. Tit. 10. *Dig.*

Loi 16 §§ 7 et 8. *De pœnis*. Lib. 48. Tit. 9. *Dig.*

<sup>2</sup> Loi 7. *Cod. ad leg. Cor. de sic.* 9. 16.



il ne faut voir qu'une exception, conséquence logique du système des fictions, qui plaisait tant aux Romains, et sur lequel ils ont fondé une grande partie de leur législation.

La règle générale est que la loi romaine gradue la peine suivant que le crime n'a été que commencé ou qu'il a été accompli, et à l'appui de cette assertion nous avons un texte dont la clarté fait disparaître tous les doutes, en établissant ce principe avec une grande netteté.

Voici le texte : *Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit, quid ergo ? quæ actione tenebitur ? Utique injuriarum, aut de vi accusabitur*<sup>1</sup>.

Cependant, il faut reconnaître qu'à Rome il n'y avait point de disposition générale sur la tentative ; lorsqu'une loi voulait punir certains actes, elle les punissait comme constituant un crime *spécial*. Les praticiens italiens du moyen-âge avaient enseigné que le Droit romain punissait généralement la tentative des délits graves (*atroces*) ; mais non celle des délits d'une gravité moindre. Cet avis a été partagé par plusieurs docteurs des siècles suivants parmi lesquels il faut ranger *Cujas*<sup>2</sup>.

Cette distinction était basée sur la division des délits en *crimina publica, delicta privata et crimina extraordinaria*.

<sup>1</sup> Loi 21. § 7. *De Furtis*. — *Carmignani*. Théorie delle leggi ecc. Tom. 2. Pag. 305.

<sup>2</sup> Il grande Cujacio, per via d'una falsa interpretazione d'un passo di Servio a Virgilio, insegnò, che né gravi delitti rito perpetuo, ed invariabile de' Romani fosse di punire al pari dell'esito la volontà. *Carmignani*. *Loc. cit.* pag. 355.



La tentative, disait-on, était punie généralement dans les premiers; elle ne l'était pas dans les *delicta privata*, et exceptionnellement dans les *crimina extraordinaria*. Cette opinion déjà combattue par *Bynkershoek*, est aujourd'hui abandonnée <sup>1</sup>.

Pour nous résumer en ce qui tient au Droit romain, nous dirons que par suite de la diversité des textes et des opinions des jurisconsultes, *propter varia jura et varias doctrinas*, il faut nous borner à énoncer quelques principes généraux.

Les Romains distinguaient en général, pour en varier la peine, le crime consommé du crime manqué, et à l'égard des crimes atroces <sup>2</sup> seulement, la tentative était punie comme le crime même : *conatus proximus delicto, æque puniatur in atrocioribus, ac si delictum fuisset consummatum* <sup>3</sup>.

*Farinacius*, après avoir insisté sur les difficultés qui environnent cette matière, essaie de poser quelque principe : *Conatus punitur etiam effectu non secuto*, mais la peine était proportionnée à la gravité des actes accomplis; on distinguait les actes les plus éloignés et les actes les plus voisins du crime, *actus remotus* et *actus proximus*.

L'*actus remotus* n'était puni que d'un faible châtiment,

<sup>1</sup> Lelièvre. *De conatu delinquendi*. — *Zachariæ*. Die Lehre vom Versuch. — *Rein*. Das Criminalrecht der Römer. — *Berner*. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. — *Ortolan*. Droit pénal.

<sup>2</sup> Les crimes atroces étaient : Lèse-majesté, parricide, assassinat, empoisonnement.

<sup>3</sup> *Tiraqueau*. *De jure communi*.



parce que *in actu remotu potest esse spes pœnitendi quæ non est in proximo* <sup>1</sup>.

Ces règles étaient encore plus sagement étendues dans la *Coutume Générale d'Italie*, ainsi que nous le disent *Bossius et Julius Clarus* : *De generali consuetudine non punitur affectus neque conatus, sive attentatum, nisi sequatur effectus* ; mais à cette règle il y avait toujours l'exception du Droit romain pour les *delicta atrociora*, dans lesquels comme nous avons vu, on punissait la simple tentative : *in illis punitur affectus, etiam quod effectus non sequatur*.

Ainsi la coutume d'Italie avait conservé et même étendu la maxime d'*Ulpien* : *Cogitationis pœnam nemo patitur*.

*Farinacius* est d'avis qu'on doit suivre le Droit commun, c'est-à-dire le Droit romain, suivant lequel la tentative est toujours punissable ; *Menochius*, au contraire, ne considère la tentative comme punissable que quand elle est achevée.

Parmi toutes ces opinions différentes, la jurisprudence italienne en était arrivée aux règles suivantes : la tentative avancée (*actus proximus*) dans les crimes atroces était punie de la peine du crime consommé. Dans tous les autres cas, le juge appliquait une peine inférieure et ordinairement proportionnée au degré d'avancement de la tentative.

Mais si généralement on s'accordait à ne pas punir la pensée du crime, l'action par laquelle on commence un délit et qui marque la volonté de le commettre, a presque toujours été punie.

*Zoroastre* ne regardait pas l'accomplissement de la faute

<sup>1</sup> *Farinacius*. Praxis et theor. crim.



comme indispensable pour qu'elle fût soumise à la réprobation publique; un dessein bien conçu, une intention forte, suivie et connue, lui semblèrent assez dangereux pour exciter la vigilance des magistrats. Il eut cependant l'équité de distinguer les tourments; il les double quand l'effet suit la volonté<sup>1</sup>. Nous lisons aussi dans les *Etablissements de Saint Louis*, que celui qui a eu seulement le dessein de tuer quelqu'un, sans l'exécuter, n'encourt aucune peine<sup>2</sup>. Cependant, l'ancienne jurisprudence française assimilait les tentatives aux crimes consommés, spécialement les crimes graves de leur nature<sup>3</sup>.

La marche des anciens tribunaux, quoiqu'elle ne fût pas tracée par des lois précises, était cependant fondée sur une disposition d'un des *Capitulaires de Charlemagne*, et sur un article de l'*Ordonnance de Blois*.

On lit, en effet, dans les *Capitulaires de Charlemagne* que celui qui avait intention de tuer et qui n'a pas atteint son but, doit être tout de même considéré comme meurtrier : *Qui hominem voluntarie occidere voluerit, et perpetrare non potuit, homicida tamen habeatur*<sup>4</sup>.

Quoique la plupart des auteurs aient considéré ce passage des *Capitulaires* comme se rapportant à la simple ten-

<sup>1</sup> *De Pastoret*. Zoroastre, Confucius et Mahomet comparés. Pag. 87.

<sup>2</sup> *Etablissements de Saint Louis*. Chap. XXXVI. N° 15.

<sup>3</sup> *Rousseaud de la Combe*. Matières criminelles. pag. 114. — *Muyart de Vouglans*. Lois criminelles. Chap. 1<sup>er</sup>. § 12.

<sup>4</sup> *Capit. Car. Mag.* Lib. VII. Pag. 151.



tative, nous croyons qu'il doit s'interpréter comme édictant la même peine du crime consommé au crime manqué.

Il est clair, selon nous, que : *et perpetrare non potuit* signifie qui n'a pas réussi dans son but, et c'est là justement la notion de la tentative achevée.

Quant à l'Ordonnance de Blois, nous avons ici un texte qui n'admet aucune discussion, en effet, nous lisons : « *Et pour le regard des assassins, et ceux qui, pour prix d'argent ou autrement se louent pour tuer, outrager, excéder aucuns, ou recourre prisonniers pour crimes des mains de justice, ensemble ceux qui les auront loués ou induits pour ce faire, nous voulons la seule machination ou attentat être punis de peine de mort, encore que l'effet ne s'en soit ensuivi, dont aussi n'entendons donner aucune grâce ou rémission* <sup>1</sup>.

Ces dispositions ont été reproduites en partie par l'Ordonnance criminelle de 1670 <sup>2</sup>.

L'Edit rendu en 1682 ne s'occupe que du délit manqué. En effet, nous lisons dans l'art. 5 de cet Edit : *Ceux qui seront convaincus d'avoir attenté à la vie de quelqu'un par vénéfice et poison, en sorte qu'il n'ait pas tenu à eux que ce crime n'ait été consommé, seront punis de mort.*

Comme on peut voir par ces textes, en France on a toujours confondu la simple tentative avec le délit manqué, ou pour mieux dire on s'est toujours basé sur la notion d'un crime parfait et d'un crime imparfait; seulement, quelquefois on faisait des distinctions, mais dans le but de signifier

<sup>1</sup> Ordonnance de Blois de 1579. Art. 195.

<sup>2</sup> Ord. crim. de 1670. Titre XVI, art. 4.



que la pénalité pouvait s'étendre au-delà des limites établies par la loi.

En effet, nous lisons dans *Muyart de Vouglans, loc. cit.* :  
« Pour apprécier le degré de dol de l'agent, c'est par l'événement qu'on doit juger principalement en cette matière, suivant la maxime : *in fraudis interpretatione, non eventus duntaxat, sed consilium spectatur*<sup>1</sup>. Ce qui ne doit s'entendre néanmoins qu'en fait de crimes ordinaires, car, pour les crimes atroces de leur nature, la loi veut que l'on considère moins l'événement que la volonté, c'est-à-dire qu'il suffit d'avoir manifesté cette volonté par quelque acte prochain pour être puni de même que si l'on avait entièrement consommé le crime. »

L'Ordonnance de Charles-Quint consacre encore une fois ces principes : « Celui qui aura tenté de commettre un crime par quelques actions visibles, propres à parvenir à l'exécution du dit crime, quoique par d'autres moyens il ait été empêché de l'exécuter contre sa volonté; une telle mauvaise volonté, qui a été suivie de quelques effets, comme il vient d'être dit, doit être punie criminellement, mais avec plus de rigueur dans un cas que dans un autre, en égard à la situation et à la nature de l'affaire<sup>2</sup>, etc.

On peut affirmer que le Droit commun, en matière de tentative, voulait une peine inférieure pour le crime tenté ou commencé à celle du crime consommé.

Pour achever cet aperçu historique, nous examinerons les lois françaises antérieures au Code de 1810.

<sup>1</sup> L. 79 de *regulis juris*.

<sup>2</sup> *Caroline*. Art. 178,



L'ancienne législation française, dont nous avons étudié les principes, inspira les rédacteurs du Code pénal de 1791. Ce Code ne prévoit toutefois que la tentative des crimes d'assassinat et d'empoisonnement, qu'il assimile au crime lui-même.

« *L'assassinat, quoique non consommé, sera puni de la*  
« *peine portée en l'art. 11 (la peine de l'assassinat con-*  
« *sommé), lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effec-*  
« *tuée*<sup>1</sup>. »

L'art. 15 du même Code, se rapportant à l'empoisonnement, est ainsi conçu : « *L'homicide par poison, quoique*  
« *non consommé, sera puni de la peine portée en l'art. 12*  
« *(la peine de l'empoisonnement consommé), lorsque le*  
« *poison aura été mêlé avec des aliments ou breuvages spécia-*  
« *lement destinés soit à l'usage de la personne contre laquelle*  
« *le dit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toute une*  
« *famille.* »

L'art. 16 ajoute : « *Si toutefois avant l'empoisonnement*  
« *effectué, ou avant que l'empoisonnement des aliments ou*  
« *breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêta l'exé-*  
« *cution du crime, soit en supprimant les dits aliments ou*  
« *breuvages, soit en empêchant qu'on en fît usage, l'accusé*  
« *sera acquitté*<sup>2</sup>. »

Toutes autres tentatives de crimes restées ainsi en de-

<sup>1</sup> Code des délits et des peines de 1791. Titre II, art. 13.

<sup>2</sup> Cette disposition a été étendue dans le Code pénal de l'Empire d'Allemagne de 1871. Nous reviendrons sur cette importante innovation dans la dernière partie de notre étude.



hors des termes de la loi demeuraient impunies. Il y avait une lacune que vint combler la loi du 22 *Prairial*, an IV. Mais le législateur, emporté par le mauvais souvenir du passé, dépassa le but. Entraîné par les idées de sévérité de l'ancienne jurisprudence sur les crimes atroces, il assimila sans distinction la tentative au crime consommé. Cette loi est ainsi conçue :

« *Le Conseil des Cinq-Cents, considérant que le Code pénal ne prononce aucune peine contre les tentatives de vol, d'incendie et des autres crimes, à l'exception de l'assassinat et de l'empoisonnement ;*

« *Considérant que l'impunité enhardit et multiplie les coupables, arrête :*

« *Toute tentative de crime manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. »*

Le principe consacré par cette loi fut vivement attaqué lors de la discussion devant le Conseil d'Etat, du Code pénal de 1810.

Le commencement d'exécution, dit *Corvetto*, doit être puni, mais il n'est pas juste d'infliger au coupable une peine aussi sévère que si le crime avait été consommé<sup>1</sup>.

L'orateur du gouvernement, *Treilhard*, suivant la doctrine de *Filangieri*, dont nous avons déjà parlé, répondit

<sup>1</sup> Pour cette importante discussion nous avons consulté *Locré*. Procès-verbaux du Conseil d'Etat.



que, quand l'exécution n'est arrêtée que par des circonstances étrangères à sa volonté, le coupable a commis le crime autant qu'il lui était possible, qu'il doit en porter toute la peine, car il n'est pas moins coupable que s'il avait réussi.

Nous n'avons pas l'intention d'entamer ici la discussion de ces doctrines, nous nous bornerons, tout en les déplorant, à faire constater les funestes principes qu'elles ont fait triompher dans la loi française actuelle.

Beaucoup d'observations ont été faites à *Treilhard*, qui alors ajoutait qu'il ne s'opposait pas à ce que dans les crimes les moins graves la tentative ne fût punie que du *minimum*. D'après ces observations le Conseil arrête :

« *La tentative ne sera punie des mêmes peines que le crime que dans les cas déterminés par la loi.* »

Mais cette décision ne fut appliquée, par la section chargée de la rédaction, qu'aux délits correctionnels, et le texte de la Loi du 22 Prairial, an IV, passa dans l'art. 2 du Code pénal.

Aux yeux de la Commission de législation du Corps législatif, l'article ainsi conçu parut contenir une lacune parce qu'il ne prévoyait pas le cas où, la tentative achevée, le crime n'avait cependant pas été consommé; et sur son observation, adoptée par le Conseil d'Etat, la rédaction de l'art. 2 du Code pénal fut ainsi arrêtée :

ART. 2. *Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son*



*effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, sera considérée comme le crime même.*

Lors de la révision du Code pénal, en 1832, un mouvement se fit dans le sens scientifique, des principes plus justes se réveillèrent et cherchèrent à se faire jour.

*Persil* et *De la Rochefoucault* proposèrent de modifier l'art. 2 dans le sens de l'application à la tentative de la peine immédiatement inférieure à celle du crime consommé. *Treilhard* recommença l'opposition avec son éternel argument emprunté à *Filangieri*, et encore cette fois obtint gain de cause.

Un des rapporteurs de la Commission, peut-être touché par la profonde injustice du système *Treilhard*, fit observer que, si entre le crime accompli et la tentative existent des différences morales, le jury en tiendra compte.

On ne saurait plus vaillamment réfuter une doctrine !

« *La réflexion du rapporteur de la Commission, dit un*  
« *savant criminaliste*<sup>1</sup>, *est une erreur qui peut être dange-*  
« *reuse. Cette faculté des circonstances atténuantes ne pro-*  
« *duira qu'imparfaitement et capricieusement ce qu'une loi*  
« *sage aurait donné avec prudence proportionnellement et*  
« *d'une manière certaine et durable.* »

En effet, c'est fausser entièrement le système des circonstances atténuantes que de l'employer à rectifier les incriminations de la loi.

C'est aussi fausser l'institution du Jury, en le faisant sortir de la sphère qui lui est attribuée et hors de laquelle

<sup>1</sup> *Chauveau*. Code pénal progressif.



il devient un péril pour la Société et une cause d'erreur pour la justice.

Le rôle du Jury est de déterminer au moyen des circonstances atténuantes le degré de culpabilité de l'accusé, il est juge de fait. Mais, confondre le fait et le droit, rendre le Jury juge d'une question de doctrine, l'ériger en criminaliste, l'appeler à répondre à un des problèmes les plus compliqués de législation pénale, le charger de rectifier la loi suivant l'inspiration du moment, c'est avouer le vice de la loi pénale et l'impuissance de faire triompher la justice et la vérité !

---



## QUATRIÈME PARTIE







# LÉGISLATION COMPARÉE

---

## CHAPITRE I<sup>er</sup>.

### Droit français.

---

Le législateur de 1810 a maintenu en matière de tentative le principe qui avait été consacré par les Capitulaires de Charlemagne, et pour faire voter la disposition de l'art. 2 du Code pénal, il a dû exclusivement s'appuyer sur la doctrine de Filangieri.

L'art. 2 ne distingue pas la simple tentative du crime manqué, au contraire, il assimile expressément la tentative au crime consommé.

Cependant, ce principe souffre quelque exception, mais plutôt en matière de délit : par exemple, nous trouvons un *alinéa* 2 de l'art. 179 qui prévoit un cas de délit manqué,



bien que le texte se borne à l'énoncer comme tentative, et il édicte une peine inférieure à celle du délit consommé.

Maintenant il nous faut remarquer que la loi française n'a pas défini les actes d'exécution, par conséquent il faut en conclure que le fait de savoir quels sont les actes préparatoires, où ils s'arrêtent, où il y a commencement d'exécution, est abandonné à l'appréciation du juge du fait. La loi ne définissant pas les faits physiques et matériels qui constituent le commencement d'exécution, l'appréciation qui en est faite ne peut à la rigueur constituer une violation de la loi et, en conséquence, elle appartient aux juges chargés de la mise en accusation.

La jurisprudence de la Cour de Cassation resta longtemps indécise ; on sentait qu'il y avait des vices dangereux dans la loi et on ne voulait pas se rendre complice du mal causé par cette disposition législative brutalement sévère.

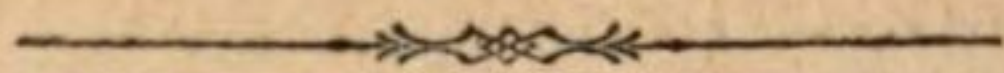
La Cour de Cassation, par un arrêt du 29 Octobre 1813, avait cassé, par violation des art. 2 et 384 du Code pénal, un arrêt de la Cour de Bruxelles, qui avait décidé que le fait par la prévenne Marie Vinaud de s'être introduite, à l'aide d'escalade et avec l'intention de voler dans une maison habitée, et d'y avoir ouvert une armoire où elle croyait trouver de l'argent, et qu'elle n'avait été interrompue que par des circonstances indépendantes de sa volonté, ne constituait pas une tentative de vol.

Ensuite, la Cour de Cassation, dans une série d'arrêts, dont le premier porte la date du 11 Juin 1818, a décidé que la loi, en déterminant les circonstances légales de l'action criminelle et en s'abstenant au contraire de déterminer les



faits élémentaires et constitutifs de ces circonstances, a laissé aux juges du fait l'appréciation complète et entière de ces faits élémentaires, et que quelque erronée que puisse être l'appréciation de ces juges à cet égard, elle ne peut donner ouverture à cassation.

Un arrêt rendu le 14 Octobre 1854 a renversé cette jurisprudence pour revenir aux principes consacrés par l'arrêt de 1813.









## CHAPITRE II

### Droit allemand.

---

Le Code allemand de 1871, au titre 2, consacre quatre articles à la tentative.

Les principes énoncés dans ce Code étant remarquables pour leur équité, nous croyons très-intéressant de reproduire ici le texte même de la loi.

ART. 43. Quiconque, par des actes constituant un commencement d'exécution, aura manifesté l'intention de commettre un crime ou un délit, sera puni pour tentative, si ce crime ou délit n'a pas été consommé. Néanmoins la tentative d'un délit ne sera punie que dans les cas expressément déterminés par la loi.

ART. 44. La tentative sera punie d'une peine moins forte que le crime ou le délit consommé.

Si le crime consommé est puni de mort ou de la réclusion à perpétuité, la tentative sera punie de trois ans de



réclusion au moins, et le condamné pourra en outre être placé sous la surveillance de la police.

Si le crime consommé est puni de la détention à perpétuité, la tentative sera punie de trois ans au moins de la même peine.

Dans les autres cas, la peine pourra être réduite au quart du *minimum* de la peine corporelle et de l'amende applicables au crime ou au délit consommé. Si, d'après cette disposition, la durée de la réclusion se trouve abaissée au-dessous d'un an, cette peine sera convertie, conformément à l'art. 21, en celle de l'emprisonnement.

ART. 45. Lorsque la peine du crime ou du délit consommé entraîne ou peut entraîner l'interdiction des droits civiques ou la surveillance de la police, ces peines seront également applicables à la tentative.

ART. 46. La tentative n'est pas punissable :

1<sup>o</sup> Si l'agent a abandonné l'exécution de son projet sans avoir été empêché par des circonstances indépendantes de sa volonté.

2<sup>o</sup> Si, à une époque où elle n'était pas encore découverte, il a, par un fait contraire, détourné les conséquences de son action criminelle.

Comme on voit par ces articles, le Code allemand ne distingue pas en principe la tentative du délit manqué, mais il est demeuré fidèle au droit commun de l'Allemagne, tiré de l'ordonnance du 1532 qui punissait la tentative d'une peine moindre que le crime ou délit consommé. Cependant, dans le numéro 2 de l'art. 46, nous croyons voir aussi prévus quelques cas de crime manqué par la volonté



de l'agent. Car ce texte déclare que si l'agent a *détourné les conséquences de son crime par un fait contraire*, il n'en-court aucune peine. Il s'agit ici de ce qu'on a appelé le *repentir actif* (thätigen Reue). Ainsi, par exemple, un individu administre un poison, mais il se repent en temps utile et il donne à la victime un contre-poison.

Ce *repentir actif* était par quelques Codes des Etats allemands considéré comme un motif d'atténuation de la peine seulement ; ainsi, par exemple, le Code de la Hesse, art. 26, le Code de Bade, art. 118.

Ces différents Codes distinguaient, en outre, plusieurs sortes de tentative ; ainsi le Code de Saxe, art. 40-41, distinguait la tentative achevée (beendigten) et la tentative inachevée, qui était punie d'une peine moins forte que la première. Le Code de la Hesse reconnaissait trois degrés dans la tentative, tous trois punis de peines différentes.

Mais quoique le Code pénal allemand de 1871 ait posé des principes généraux et qu'il ait dédaigné de faire d'autres distinctions, nous sommes d'avis qu'il est arrivé à un degré très-avancé de progrès dans la science pénale.

Il est à regretter que la doctrine logique consacrée par ce Code ait été quelque peu violée par une loi de 1876 qui punit le fait d'*engager* quelqu'un à commettre un crime.

---







## CHAPITRE III

### Droit suisse.

---

#### SECTION PREMIÈRE.

##### DROIT GENEVOIS.

Le Code pénal de Genève ne fait point de distinction entre crime manqué et tentative, mais il fait la distinction entre tentative et crime consommé.

Maintenant il nous faut remarquer que ce Code à l'article 256 prévoit le cas d'un empoisonnement manqué, mais qui a occasionné une maladie et il applique la peine de la tentative simple énoncée en l'art. 5.

Il y a évidemment contradiction, car l'art. 5 énonce un principe absolu, et dans l'art. 256 il est question d'un crime manqué, peut-être quelque chose de plus, et cependant la peine édictée est celle de la simple tentative. Il faut



encore remarquer que dans les art. 263 et 268 il est question de blessures faites sans intention de donner la mort, mais qui l'ont pourtant occasionnée, et bien la peine infligée par ces articles est moins grave que quand il s'agit de simple tentative. Par conséquent il y a encore ici, à notre avis, contradiction évidente. <sup>1</sup>

Une dernière remarque que nous ferons au Code genevois, c'est d'être trop minutieux sur certains points et d'oublier quelquefois la théorie générale.

---

## SECTION DEUXIÈME.

### DE QUELQUES LÉGISLATIONS SUISSES.

Le Code pénal fédéral a une disposition générale, mais il fait des distinctions, car il décide que la peine de la tentative sera la moitié de celle du crime consommé ; du reste, en cette matière, le juge a un pouvoir très-étendu d'appréciation d'après la théorie suisse.

Les Codes de Berne et de Zurich ont à peu près les mêmes dispositions que le Code pénal fédéral.

Le Code de Soleure (1859) reconnaît aussi la différence entre la tentative et le crime consommé.

<sup>1</sup> Pour tout ce qui tient à la critique sur la doctrine de la tentative dans le Code pénal genevois, il nous faut déclarer que nous avons été inspiré par les savantes observations de M. le prof. Hornung.



Mais il est très-sage, surtout en ce qui tient à la peine de la tentative.

En effet, dans l'art. 37 A, il établit que la peine de la tentative d'un crime sera simplement correctionnelle. Dans l'alinéa B du même article, il édicte les peines de police pour les tentatives de délits.

Le Code de Lucerne (1861) a un ensemble de dispositions sur la matière. Seulement il est très-minutieux. Dans un art. 28, il parle des actes préparatoires, et il déclare qu'ils ne seront punis que s'il y a une disposition spéciale de la loi. Dans l'art. 29 il prévoit le crime manqué, et il édicte pour punition la tierce partie de la peine établie pour le crime consommé.

L'art. 30 s'occupe spécialement de la tentative proprement dite ; ici la peine peut varier du douzième au tiers de celle du crime consommé.

L'art. 31 déclare expressément non punissable la tentative suspendue par la volonté de l'agent.

L'art. 33 enfin prévoit le cas d'une tentative impossible par suite de l'emploi de moyens insuffisants, et dans ce cas il déclare la non punissabilité.

Le Code du Tessin a sur la tentative les mêmes dispositions du Code italien, c'est-à-dire qu'il fait la distinction entre tentative, crime manqué et crime consommé. De plus, dans un art. 52, il dispose que, quand les actes d'exécution peuvent se rapporter à plusieurs crimes, on les présumera se rapportant au crime le moins grave.

---







## CHAPITRE IV

### **Droit italien.**

---

Le Code italien, art. 96 et suivants, a toute une théorie sur la tentative. Il distingue la tentative proprement dite du crime manqué, et quant à la tentative, il gradue la peine suivant la proximité de l'acte commis vers la consommation du crime projeté. Il nous semble que cette distinction est trop minutieuse, et pour deux raisons.

En premier lieu, la proximité de l'acte, en matière de tentative, ne peut raisonnablement ni augmenter, ni diminuer la criminalité du fait, et d'autre part, une telle distinction est illogique, car supposons la tentative suspendue par la volonté de l'agent, aux termes de l'art. 101, on ne peut pas la punir, mais cette tentative suspendue pourra bien avoir engendré un acte très-prochain du crime ; par conséquent, il est très-difficile de s'expliquer pourquoi le législateur a voulu graduer la peine sur une distinction



qui n'a aucune utilité juridique, et que, d'autre part, il sera toujours très-difficile de déterminer.

Une autre raison, qui se présente contre cette distinction, c'est qu'un des caractères essentiels de la loi pénale est de n'être point détaillée. Dans la loi pénale, il faut s'en tenir aux principes généraux, car chaque espèce a des variations infinies, et si l'on voulait prévoir un grand nombre de cas spéciaux, on tomberait dans des contradictions très-dangereuses pour l'application juste et rationnelle de la loi.

Quoique notre examen ait pour objet les lois actuellement en vigueur, nous croyons pouvoir dire deux mots du projet du nouveau Code pénal italien présenté à la Chambre des députés le 25 Novembre 1876, par M. Mancini, alors ministre de Grâce et Justice.

Ce projet contient dans un Chapitre 2 quatre articles sur la tentative et sur le crime manqué.

Les art. 68, 69, 70 consacrent avec d'autres paroles, et d'une manière plus concise, les principes du Code en vigueur. Mais il y a l'art. 71 qui contient une disposition nouvelle et fort sage à notre avis.

Voici le texte de cet article :

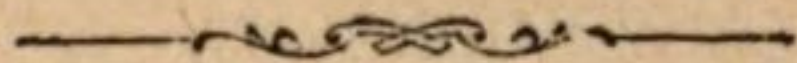
ART. 71. Quand il n'est pas prouvé vers quels crimes les actes d'exécution étaient dirigés, on présume qu'ils étaient dirigés à commettre le crime le moins grave.

Maintenant, ce projet du nouveau Code a complètement mis de côté la notion du mandat dans la théorie de la tentative et du délit manqué. Et cela avec beaucoup de rai-



son, car le Code en vigueur est à ce sujet d'une sévérité exceptionnelle.

Il faut ajouter que ce projet n'a pas admis la distinction romaine consacrée par le Code actuel sur la graduation de la peine, suivant que l'acte d'exécution est plus ou moins éloigné de l'accomplissement du crime.









## CHAPITRE V

### Droit belge.

---

Le Code pénal de la Belgique (1867) distingue la tentative du crime consommé, mais il confond le crime manqué avec la tentative. Cette assimilation, nous dit Haus, était commandée au législateur par le système de pénalités qu'il avait adopté.

Nous croyons cependant qu'il eût mieux valu modifier le système de pénalités que d'être obligé de punir la simple tentative, de la peine immédiatement inférieure à celle du crime consommé (art. 52), par le fait qu'on a assimilé la tentative au crime manqué.

Le Code belge connaît aussi des exceptions aux principes posés. En effet, dans les cas prévus par les art. 101, 102, 103, 115 § 6, et les art. 336 et 337, la tentative est assimilée au crime ou au délit même.







## CHAPITRE VI

### De quelques autres législations.

---

Les lois anglaises n'ont pas de théorie générale sur la tentative; chaque matière est soumise à des règles spéciales.

Le Code pénal d'Autriche range parmi les circonstances atténuantes la tentative inachevée.

ART. 7. Il n'est pas nécessaire pour qu'il y ait délit que le fait soit réellement consommé; la seule tentative (Versuch) d'un fait criminel constitue aussi un délit, toutes les fois que le mal intentionné entreprend une action tendante à son exécution effective, pourvu qu'il soit seulement interrompu dans son accomplissement par impuissance, par un obstacle indépendant de sa volonté, ou par cas fortuit. »

ART. 40. « Les circonstances atténuantes tirées du fait sont : si l'acte est demeuré dans la limite d'une tentative, et suivant qu'il a été plus ou moins près du délit accompli. »

Le Code pénal du Brésil, publié le 25 Novembre 1831, dispose :



ART. 2. Sera crime ou délit (expressions synonymes dans ce Code): 1° toute action ou omission volontaire, contraire aux lois pénales. 2° La tentative de crime, quand elle sera manifestée par des actes extérieurs et par un commencement d'exécution, et lorsqu'elle n'aura manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté du délinquant.

La tentative de crime ne sera punie qu'autant que le crime lui-même emporterait une peine plus forte que deux mois de prison simple; ou que le bannissement hors de la Comarca (circonscription territoriale).

ART. 34. La tentative, lorsqu'elle ne sera pas l'objet d'une peine spéciale, sera punie des mêmes peines que le crime, moins un tiers de durée dans chaque degré.

Lorsque la peine sera celle de mort, on infligera au coupable de tentative au même degré la peine des galères perpétuelles; lorsqu'elle sera celle des galères perpétuelles ou de la prison avec ou sans travail, on infligera la peine des galères pour vingt ans, ou de la prison avec ou sans travail pour vingt ans.

Lorsque la peine sera celle du bannissement, on infligera la déportation hors de l'empire pour vingt ans; lorsqu'elle sera celle de la déportation ou de l'exil perpétuel, on lui infligera la déportation ou l'exil pour vingt ans. »

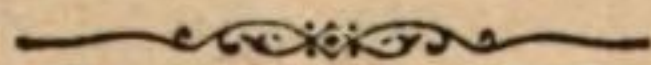
La même distinction se retrouve tracée dans les art. 68, 85, 86, 87, 88 et 89, qui répriment les crimes contre l'indépendance, l'intégrité et la dignité de la Nation, contre la constitution de l'Empire et la forme du gouvernement, et contre le chef du gouvernement.



Le Code espagnol distingue le délit consommé du délit manqué et de la simple tentative. Il ne considère pas comme coupable de tentative celui qui, après un commencement d'exécution, s'est volontairement désisté (art. 3). Les auteurs d'une simple tentative ne sont punis que d'une peine inférieure de deux degrés à celle appliquée par la loi au délit (art. 62). Les statuts de l'Etat de New-York et le Code de l'Etat de Georgie ont édicté une pénalité graduée. Si le fait tenté est puni de mort, la tentative est punie de dix ans d'emprisonnement. Si le fait tenté est passible d'emprisonnement, la moitié de la peine doit être appliquée à la tentative.

Le Code de la Louisiane ne punit en tout cas la tentative que de la moitié de la peine applicable au crime consommé.

La loi hongroise posait en principe que plus la probabilité était grande pour que le crime fût consommé, plus la peine devait être sévère.









*La Faculté de Droit, après avoir lu la présente thèse, en autorise l'impression, sans entendre par là émettre d'opinion sur les propositions qui y sont énoncées.*

Genève, 1<sup>er</sup> Juin 1878.

*Pour la Faculté, le Doyen*

V. SCHREYER.































Parodi, Charles-Eugène

De la Tentative (Doctordiss.)

Genève 1878

Crim. 194 n

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11370989-1